



**La condena al pago de sumas dejadas de percibir durante el retiro de los miembros de la  
Fuerza Pública, carácter indemnizatorio o de restablecimiento del derecho**

**Laura María Monroy Ochoa**

**Universidad Libre**

**Instituto de posgrados**

**Maestría en Derecho Administrativo**

**Bogotá, D.C.**

**2018**

**La condena al pago de sumas dejadas de percibir durante el retiro de los miembros de la  
Fuerza Pública, carácter indemnizatorio o de restablecimiento del derecho**

**Laura María Monroy Ochoa**

**Director**

**Fernando Antonio Moreno**

**Universidad Libre**

**Instituto de posgrados**

**Maestría en Derecho Administrativo**

**Bogotá, D.C.**

**2018**

## **AUTORIDADES ACADÉMICAS**

Jorge Alarcón Niño

Presidente Nacional

Fernando Dejanón Rodríguez

Rector nacional

Jorge Gaviria Liévano

Vicepresidente nacional

Jesús Hernando Álvarez Mora

Rector Seccional

Fernando Arturo Salina Suárez

Decano

Ana Roció Niño Pérez

Secretaria Académica

John F. Martínez

Director Centro de Investigaciones

**NOTA DE ACEPTACIÓN**

---

---

---

---

---

Firma del presidente del jurado

---

Firma del jurado

---

Firma del jurado

Bogotá, D.C., agosto de 2018

## **Contenido**

	<b>pág.</b>
<b>Introducción</b>	<b>9</b>
<b>Capítulo 1</b>	<b>16</b>
<b>1. Contexto normativo y jurisprudencial del sistema de carrera de la Fuerza Pública.</b>	
<b>Presupuestos y criterios de las causales de retiro fundadas en la discrecionalidad</b>	<b>16</b>
1.1. Composición de la Fuerza Pública en Colombia	16
1.2. El retiro del servicio de los miembros de la Fuerza Pública	18
1.2.1. El régimen de carrera de la Policía Nacional	18
1.2.1.1. Nivel ejecutivo	19
1.2.1.2. Referente normativo:	22
1.2.1.3. Del retiro	23
1.2.2. El régimen de carrera de las Fuerzas Militares	26
1.2.2. Referente normativo	29
1.2.2.1. Del ascenso	30
1.2.2.3. Del retiro	32
1.3. Discrecionalidad de los actos administrativos	35
1.4. Jurisprudencia sobre las causales de retiro de los miembros de la Fuerza Pública basadas en la discrecionalidad	44
<b>Capítulo 2</b>	<b>48</b>
<b>2. Línea jurisprudencial sobre los efectos de la anulación de los actos de retiro     fundados en la discrecionalidad de los miembros de la Fuerza Pública</b>	<b>48</b>

2.1.	Introducción	48
2.2.	Análisis jurisprudencial en relación el pago de las sumas de dinero en los casos de retiro del servicio, del restablecimiento del derecho a la indemnización, estudio de casos	50
2.2.1.	Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la condena al pago de sumas de dinero que se ordena reconocer como consecuencia de la nulidad del acto de retiro de los servidores públicos	50
2.2.2.	Jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con la condena económica y los descuentos	56
2.2.3.	Jurisprudencia sobre los descuentos en relación con los miembros de la Fuerza Pública	60
<b>Capítulo 3</b>		<b>63</b>
<b>3.</b>	<b>Identificación y delimitación del alcance de las variables no atendidas por la jurisprudencia que resultan determinantes para definir cómo debe ser el restablecimiento del derecho</b>	<b>63</b>
3.1.	Efectos de la declaración de nulidad de los actos de retiro del servicio en la condena de contenido económico	65
3.1.1.	La nulidad y restablecimiento del derecho	66
3.1.2.	Los efectos de las sentencias de nulidad y restablecimiento del derecho, evolución normativa	70
3.1.2.3.	Ley 167 de 1941	73
3.1.2.4.	Código Contencioso Administrativo – Decreto Ley 01 de 1984	75
3.1.2.5.	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- Ley 1437 de 2011	77

3.1.2.6. Determinación de regla aplicable sobre los efectos de las sentencias de nulidad	80
3.2. La compatibilidad de entre la asignación de retiro y otras asignaciones del Tesoro Público	83
3.3. Efectos de la nulidad de actos de contenido prestacional. Devolución de mesadas recibidas de buena fe	88
3.4. La jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho en Colombia	92
3.5. Principios que orientan el derecho laboral	96
<b>Capítulo 4</b>	<b>97</b>
<b>4. Criterios que debe observar el juez de lo contencioso administrativo al imponer la condena de contenido económico cuando anule el acto de retiro de un miembro de la Fuerza Pública fundado en la discrecionalidad</b>	<b>97</b>
4.1. El principio de progresividad	97
4.2. Principio protectorio	100
4.3. Principio de favorabilidad	101
4.4. Articulación de los principios y formulación de criterios de la condena	102
<b>Conclusiones</b>	<b>106</b>
<b>Recomendaciones</b>	<b>110</b>
<b>Referencias</b>	<b>112</b>

## Lista de tablas

	pág.
Tabla 1. Rangos del nivel oficial de la Policía Nacional	19
Tabla 2. Rango nivel suboficiales de la Policía Nacional	19
Tabla 3. Rango nivel ejecutivo de la Policía Nacional	20
Tabla 4. Rango nivel oficial del Ejército Nacional de Colombia	27
Tabla 5. Rango nivel de los oficiales de la Armada Nacional	28
Tabla 6. Rango nivel de los oficiales de la Fuerza Armada	28
Tabla 7. Rango nivel de los suboficiales de la Fuerza Armada	28
Tabla 8. Rango nivel de suboficiales Armada Nacional	29
Tabla 9. Rango nivel suboficial Fuerza Aérea	29
Tabla 10. Línea jurisprudencial de los relacionado con el tema de los descuentos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado.	60



## **Introducción**

En el ordenamiento jurídico colombiano los miembros de la Fuerza Pública conformada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, cuentan con los respectivos marcos normativos que amparan su ejercicio profesional y que, entre otros aspectos, definen las causales de retiro, las cuales, desde luego, afectan el libre desempeño de quienes han escogido este medio de vida. Dentro de dicho contexto, la separación del servicio con fundamento en la facultad discrecional es un tema que ha sido objeto de discusión ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con ocasión de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho entablados con finalidad no solo de obtener la anulación del acto que definió su situación de retiro de la respectiva institución, sino también de recibir aquellas sumas dejadas de percibir por virtud de este.

Es relevante anotar que, por definición legal, la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho busca que el afectado por un acto expedido en ejercicio de la función administrativa, que para lo relevante a esta investigación será un policía o militar, obtenga su anulación, se le restablezca en su derecho subjetivo vulnerado, así como la reparación del daño que este le haya causado al accionante, si es que hay lugar a ello. Desde un punto de vista doctrinario, el contencioso de anulación puede darse a “solicitud de cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada. El de nulidad y restablecimiento del derecho, solo se otorga al que se crea lesionado. Esto establece la legitimación por activa garantizando los derechos fundamentales” (Restrepo, 2014, pág. 6), que, para el caso, podrían ser el debido proceso y el plazo razonable.

Así las cosas, tanto el policía como el militar que se consideran retirados de forma arbitraria e ilegal tienen derecho a ejercer el medio de control y formular la pretensión de

nulidad y restablecimiento del derecho, con el objetivo de encauzar nuevamente la vida profesional que le fue arrebatada y que, por obvias razones, afectó de forma directa su estilo de vida, dadas las particularidades de su profesión.

Ahora bien, en asuntos en los que el retiro del servicio ha generado a su vez, el reconocimiento de una asignación de retiro conlleva elementos únicos que justifican un examen más especializado, que comprenda todos los puntos diferenciadores de esta situación.

En relación con las decisiones que el juez emite como consecuencia de la anulación del acto demandado dentro de los asuntos en los que se debate el retiro de un miembro de la Fuerza Pública, la jurisprudencia ha evolucionado y ha planteado varias tesis que requieren ser revisadas, toda vez que sobre este tema no existe seguridad jurídica, ello en razón a que no ha sido abordado bajo la óptica de un criterio único y coherente, cuya aplicación permita dar solución uniforme para todos los interesados en recibir un trato en condiciones de igualdad, por parte de los jueces encargados de resolver sus conflictos con la Administración.

De esta forma, es importante revisar lo expuesto por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en lo relacionado a la condena al pago por las sumas dejadas de percibir durante el retiro, contenido que ha sido objeto de análisis en casos del retiro del servicio en general, pero que, como se dijo, encuentra particularidades en el tema de los miembros de la Fuerza Pública y que tiene efectos patrimoniales importantes tanto para los usuarios de la administración de justicia como para las entidades del Estado que deberán afrontar las eventuales condenas que les sean impuestas, teniendo en cuenta que ello determina si hay lugar a ordenar descuento alguno de lo percibido por otras causas, como puede ser el desempeño de otros empleos.

Los aspectos antes señalados, llevan a formular la siguiente pregunta de investigación: *¿Las sumas que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ordena pagar como consecuencia de la anulación del acto de retiro de un miembro de la Fuerza Pública, que dio lugar al reconocimiento de la asignación de retiro, tienen el carácter de indemnización o de restablecimiento del derecho?*

El anterior cuestionamiento se resuelve a partir de la identificación que se logre realizar de las diferentes modalidades de separación del servicio de los miembros de la Fuerza Pública, especialmente, aquellas que se fundan en la discrecionalidad. Entre ellas, en lo referente al retiro por llamamiento a calificar servicios, debe decirse que es una herramienta con “la que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar la renovación o el relevo del personal uniformado dentro de las escalas jerarquizadas propias de la institución y permitir con ello el ascenso y la promoción de otros funcionarios” (Corte Constitucional Sentencia SU 091, 2016).

A su vez, el retiro del servicio por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, es una potestad que el mismo legislador le ha otorgado “al ejecutivo, en cabeza del gobierno o del director general de la institución según el rango del policial a desvincular, que permite de forma discrecional y por razones del buen servicio retirar a los miembros de la fuerza pública” (Corte Constitucional Sentencia SU 091, 2016).

Dentro de dicho contexto, la presente investigación se detiene en el estudio del carácter y naturaleza de la condena con contenido económico para los miembros de la Fuerza Pública en el marco del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, desde los aportes ofrecidos por las altas cortes, particularmente del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, en el análisis de la condena al pago de sumas dejadas de percibir durante el retiro, teniendo como punto de partida las situaciones que la jurisprudencia ha calificado

como ilegales en relación con el ejercicio de la discrecionalidad que tiene la Administración para retirar a los miembros de la Policía Nacional o de las Fuerzas Militares de Colombia.

Los señalamientos anotados se desarrollan a partir del siguiente objetivo general: *Determinar si las sumas que se ordena pagar como consecuencia de la anulación del acto de retiro de los miembros de la Fuerza Pública tienen carácter de indemnización o de restablecimiento del derecho, para verificar los criterios que se deben atender para fijar la condena de contenido económico.* El cual se desglosa en los siguientes objetivos específicos:

- Identificar las normas y pronunciamientos jurisprudenciales que rigen el sistema de carrera de la Fuerza Pública para describir los presupuestos y criterios de las causales de retiro fundadas en la discrecionalidad.
- Construir la línea jurisprudencial sobre los efectos de la anulación de los actos de retiro fundados en la discrecionalidad de los miembros de la Fuerza Pública, para analizar las variables atendidas por las altas cortes en relación con el restablecimiento del derecho.
- Identificar y delimitar el alcance de las variables no atendidas por la jurisprudencia que resultan determinantes para definir cómo debe ser el restablecimiento del derecho.
- Definir, a partir de todas las variables anteriormente analizadas, los criterios que debe observar el juez de lo contencioso administrativo al imponer la condena de contenido económico cuando anule el acto de retiro de un miembro de la Fuerza Pública fundado en la discrecionalidad para aportar una posible regla en este sentido.

Lo señalado hasta ahora se aborda, a partir de la siguiente hipótesis de trabajo: Las sumas que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ordena pagar como consecuencia de la anulación del acto de retiro tienen carácter de restablecimiento del derecho y no de

indemnización, por esa razón, será acertado a ordenar el descuento de las sumas devengadas como asignación de retiro y todas aquellas que resulten incompatibles con tal concepto.

Lo anterior, teniendo en cuenta que es importante establecer que en Colombia la función pública se ha organizado bajo el esquema de la prevención del riesgo, adoptado a partir de lo propuesto en Inglaterra a finales del siglo XIX.

La administración del riesgo ayuda al conocimiento y mejoramiento de la entidad. “Contribuye a elevar la productividad y a garantizar la eficiencia y la eficacia en los procesos organizacionales, permitiendo definir estrategias de mejoramiento continuo, brindándole un manejo sistémico a la entidad” (Rodríguez, 2011, pág. 5).

De esta forma, en la segunda mitad del siglo XX, en Colombia se adoptó una “transacción inteligente entre los valores democráticos a saber, de una parte, el sistema electivo y la correspondencia de los cargos con la mayor capacidad y, por otra parte, el mérito como una garantía para mantener el sistema democrático” (Ortega, 2012, pág. 20).

Esta articulación llevó a que todo estatuto legal del funcionario público o servicio civil considere la estabilidad, el ascenso, la indemnización y la protección jurisdiccional, como elementos fundamentales del sistema, reconociendo de otra parte, que con la empleabilidad de funcionarios aptos se beneficia la administración pública cuyo objetivo es el de lograr la justicia en equidad.

No obstante, lo anterior, dichos objetivos se han ido desdibujando en todos los sectores de la administración. En el caso de los servidores de la Fuerza Pública – Policía y Fuerzas Militares – la evidencia jurisprudencial demuestra el ejercicio indebido de la facultad discrecional para efectos de expedir actos de remoción del servicio, situación que pone en entredicho los presupuestos del Estado social de derecho, que suponen que las actuaciones de las autoridades deben estar inspiradas en razones del buen servicio, generando con ello un

derrotero para la administración con ocasión del ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Así las cosas, el tema propuesto reviste de toda actualidad, y permite un análisis profundo de la dinámica que el Estado, como ente administrador, debe asumir frente a las demandas interpuestas en situaciones de retiro que vulneran los derechos de quienes prestan sus servicios a la Patria.

En este orden, la investigación se aborda, a partir de un diseño metodológico que atiende dos modelos metodológicos, *una metodología judicial* y *una metodología dogmática académica*. La primera tiene relación con el ejercicio práctico del derecho, esto es, a través de la revisión jurisprudencial analizar la nulidad y el restablecimiento del derecho del acto de retiro de los miembros de la Fuerza Pública y la segunda, es el abordaje de la actividad dogmática propiamente dicha, es decir, lo que se ha escrito sobre el tema.

Sirve también a los fines de la investigación propuesta, *la investigación jurídica social*; así, uno de los fines de este estudio es conocer como viene funcionando el derecho, saber, por ejemplo, cuáles son los parámetros de validez que la jurisprudencia ha definido dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en los que se debate la legalidad de actos de retiro de miembros de la Fuerza Pública. “Para saberlo no basta con conocer las normas y la relación entre ellas, sino que fundamentalmente se requiere conocer qué es lo que esas normas han ocasionado y ocasionan en la sociedad” (Sánchez, 2011, pág. 347).

Los modelos metodológicos descritos se acompañan de una técnica de recolección de la información, a partir de un método documental, el cual permite una aproximación a los aspectos teóricos con relación al tema objeto de estudio. “Esta técnica está basada en el análisis y depuración de la información que tienen como propósito analizar material impreso,

el cual sirve para la elaboración del marco teórico del estudio” (Cerde, 2011, pág. 387). Esta clase de método resulta muy significativo, “pues permite entender el fenómeno central de estudio. Prácticamente la mayoría de las personas, grupos, organizaciones, comunidades, y sociedades los producen y narran, o delinean sus historias y estatutos actuales” (Cerde, 2011, pág. 388).

Esta técnica le sirve al investigador para conocer los antecedentes de un ambiente, las experiencias, vivencias o situaciones y su funcionamiento cotidiano.

Con la investigación se busca ofrecer un análisis que permita demostrar una posición clara y objetiva sobre el carácter de las sumas que ordena pagar la jurisdicción de lo contencioso administrativo, especialmente, en lo concerniente al retiro de los miembros de la Fuerza Pública, con la inclusión del análisis de variables y factores no evidenciados en las tesis de las Altas Cortes, de esta manera, la finalidad de que este estudio es que sea útil como material de consulta para otras investigaciones similares o para quienes en algún momento requieran para su ejercicio profesional documentarse sobre el tema, y que eventualmente, sirva de guía para consolidar una tesis firme que contribuya a materializar la seguridad jurídica con plena garantía del respeto de los derechos de las personas.

Por último, la investigación se divide en tres capítulos que responden a los objetivos propuestos.

## Capítulo 1

### 1. Contexto normativo y jurisprudencial del sistema de carrera de la Fuerza Pública.

#### Presupuestos y criterios de las causales de retiro fundadas en la discrecionalidad

#### 1.1. Composición de la Fuerza Pública en Colombia

Para abordar el contexto normativo de la Fuerza Pública en Colombia debe atenderse, como primera medida, el ordenamiento constitucional, el cual, en el capítulo 7 del título VII, de la rama ejecutiva, señala que aquella está compuesta por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional – artículo 216 – y estas a su vez, están organizadas de la siguiente manera:

- *Las Fuerzas Militares:* Ejército Nacional, Fuerza Aérea Colombiana y la Armada Nacional

- *Policía Nacional:* Es un único cuerpo armado, permanente y de naturaleza civil compuesto por oficiales y suboficiales y el nivel ejecutivo que está conformado por patrulleros, subintendentes, intendentes, intendente jefe, subcomisario y comisaria.

La misión de la Fuerza Pública es de “carácter instrumental identificados como cuerpos armados destinados – artículo 217.2 CN – a la defensa de la soberanía nacional, independencia, integridad del territorio cuyo soporte básico y fundamental lo constituye la defensa y protección de los derechos humanos” (Corte Constitucional Sentencia C - 872, 2003), aspectos que se complementan de forma transversal con la defensa de la independencia nacional y la conservación de la integridad territorial – artículo 2 CN –. “La misión de las fuerzas militares se armoniza y pondera con el sentido y alcance que le ha dado



la propia Constitución en varias de sus normas y el intérprete constitucional en sus providencias” (Vásquez, H y Gil, G, 2017, pág. 141).

Muestra de ello, son los artículos 3, 9 y 103 de la CN que afianzan la defensa de la independencia del Estado; los artículos 9, 95.3 y 189 de la CN promueven la integridad del territorio nacional, a los que se suman los artículos 24, 72, 101, 150.4, 196,300 y 329.

Otra misión de la Fuerza Pública es la protección de todos los ciudadanos y ciudadanas de Colombia y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares – artículo 2 CN –, como propósito esencial del Estado que se orienta con la misión de la Policía Nacional que es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz –artículo 218 CN –.

La misión de protección de las Fuerzas Militares está dada por el artículo 214 de la CN, el cual se orienta al respeto de las reglas del derecho internacional humanitario.

Como complementó de lo anterior, se tiene que la CN ha establecido que la Fuerza Pública tiene la facultad de ser la garante institucional de los deberes irrenunciables y propios de un Estado Social de Derecho. De la Constitución se desprenden deberes “jurídicos positivos de hacer y no hacer de seguridad y protección que incluyen precaución y prevención de los riesgos en los que se vean comprometidos los derechos y libertades de los ciudadanos que se encuentran bajo su tutela” (Corte Constitucional Sentencia SU - 1884, 2001).

Finalmente, en un Estado social y de derecho la función militar y policial están sujetas al principio de legalidad, siempre y cuando las acciones de sus miembros estén conforme a la Constitución y a la ley.

## **1.2. El retiro del servicio de los miembros de la Fuerza Pública**

### **1.2.1. El régimen de carrera de la Policía Nacional**

El artículo 33 del Decreto 1512 de 2000 define la Policía Nacional como “un cuerpo armado, permanente, de naturaleza civil. Su misión es contribuir a las necesidades de seguridad y tranquilidad públicas, mediante un efectivo servicio, fundamentado en la prevención, investigación y control de los delitos y contravenciones, generando una cultura de solidaridad que permita el mantenimiento de las condiciones necesarias para que los habitantes de Colombia puedan ejercer los derechos y libertades públicas.”

La misma norma desarrolla en su artículo 34 el mandato constitucional que indica que la Policía Nacional está a cargo del presidente de la República, quien ejerce la dirección y mando de la institución directamente o por intermedio del ministro de Defensa.

El régimen de carrera de la Policía Nacional se encuentra regulado, principalmente, mediante el Decreto 1791 de 2000 “Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional”, modificado por las Leyes 857 de 2003, 987 de 2005, 1092 de 2006, 1168 de 2007, 1279 de 2009, 1405 de 2010, entre otras.

La organización interna de esta institución está dada por rangos y grados, inicialmente por el artículo 4 del Decreto 1212 de 1990, luego, por el artículo 3 del Decreto 41 de 1994 y por último, el Decreto Ley 1791 de 2000, así:

<b>Oficiales Policía Nacional</b>	Oficiales generales	General
		Mayor general
		Brigadier general
	Oficiales superiores	Coronel
		Teniente coronel
		Mayor
	Oficiales subalternos	Capitán
		Teniente
		Subteniente

Tabla 1. Rangos del nivel oficial de la Policía Nacional

Fuente: autora

<b>Suboficiales Policía Nacional</b>	Sargento mayor
	Sargento primero
	Sargento viceprimero
	Sargento segundo
	Cabo primero
	Cabo segundo

Tabla 2. Rango nivel suboficiales de la Policía Nacional

Fuente: autora

*1.2.1.1. Nivel ejecutivo:* en relación con el nivel Ejecutivo en la estructura jerárquica, conviene anotar que tiene particularidades en su desarrollo normativo a partir de las facultades extraordinarias que concedió la Ley 62 de 1993 al presidente de la República para modificar las normas de carrera de la Policía Nacional, con fundamento en las cuales se expidieron los Decretos 41 de 1994 y 262 de 1994. El primero de ellos introdujo el nivel Ejecutivo en la planta de la institución en el artículo 2 y el segundo, su régimen salarial y prestacional. Sin embargo, estas normas tuvieron una vigencia limitada con ocasión de la sentencia C – 417 de 1994, que las declaró inexecutable dado que la ley habilitante no contenía el citado nivel.

Seguidamente, la Ley 180 de 1995 modificó la precitada Ley 62 de 1993, para incluir el nivel Ejecutivo en el artículo 6 y luego, el Decreto 132 de 1995 desarrolló las reglas

relativas a la carrera profesional de dicho nivel y se consagró, en los artículos 12 y 13, la posibilidad de que los agentes y suboficiales en servicio activo ingresaran a aquel, sin desmejorar su situación salarial y prestacional (artículo 82).

Posteriormente, el Decreto 1791 de 2000 admitió la posibilidad para los agentes de ingresar al nivel Ejecutivo, de acuerdo con la antigüedad, con las siguientes equivalencias: con las siguientes equivalencias: Cabo Segundo y Cabo Primero, al grado de Subintendente; Sargento Segundo, al grado de Intendente; Sargento Viceprimero, al grado de Intendente Jefe; Sargento Primero, al grado de Subcomisario y Sargento Mayor, al grado de Comisario.”

En consecuencia, el nivel Ejecutivo de la Policía Nacional está conformado de la siguiente manera:

<b>Nivel Ejecutivo</b>	Comisario
	Subcomisario
	Intendente jefe
	Intendente
	Subintendente

Tabla 3. Rango nivel ejecutivo de la Policía Nacional

Fuente: autora

Las condiciones y requisitos de ascenso en la carrera de la Policía Nacional se encuentran reglamentados en el capítulo III del Decreto 1791 de 2000, posteriormente modificado mediante las Leyes 1279 de 2009 y 1405 de 2010.

El artículo 21 del Decreto 1791 de 2000 señala que los oficiales, los miembros del nivel ejecutivo y suboficiales en servicio activo que cumplan los requisitos establecidos, podrán ser ascendidos en jerarquía al grado inmediatamente superior, de acuerdo con las vacantes existentes, conforme al decreto de planta y con sujeción a las precedencias de la clasificación que establece el decreto de evaluación del desempeño. Los oficiales, nivel

ejecutivo a partir del grado de subintendente y suboficiales de la Policía Nacional podrán ser ascendidos cuando con el cumplimiento de los siguientes requisitos: tener el tiempo mínimo de servicio establecido para cada grado; ser llamado a curso; adelantar y aprobar los cursos de capacitación establecidos por el consejo superior de educación policial; tener aptitud psicofísica de acuerdo con lo contemplado en las normas sobre incapacidades e invalideces y obtener la clasificación exigida para ascenso.

Para oficiales, concepto favorable de la junta asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional; para nivel ejecutivo y suboficiales, concepto favorable de la junta de evaluación y clasificación. Hasta el grado de coronel, acreditar un tiempo mínimo de dos (2) años en el respectivo grado, en labores operativas, de investigación, docencia, desempeño de funciones en la gestión general del Ministerio de Defensa Nacional, de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el director general de la Policía Nacional.

Para el personal que permanezca en el cuerpo administrativo, acreditar un curso de actualización profesional en su especialidad, con una duración no inferior a ciento veinte (120) horas.

Como se observa, además de los requisitos objetivos de tiempo de servicio y estudios, la norma señalada exige el concepto favorable del Ministerio de Defensa o de la junta de evaluación y clasificación, concepto que, si bien señala una potestad discrecional, debe ser proferido siempre en forma motivada de conformidad con la trayectoria profesional del interesado, así como con las necesidades de la institución.

En efecto, la Corte Constitucional ha señalado:

(...) la discrecionalidad del Presidente para adoptar las decisiones relativas al ascenso de oficiales y la concesión de grados a los miembros de la Fuerza Pública (art. 189-19, C.P.) obedece a varias razones, dentro de las cuales se destacan (i) el ámbito material dentro del cual se inscribe dicha potestad, v.gr. el orden público, un asunto cuya dirección ha sido atribuida expresamente al Presidente de la República; (ii) la trascendencia de dicha decisión en la medida en que los oficiales se encuentran en la línea de mando para la ejecución de las órdenes que el Presidente, como cabeza del poder civil, imparta; (iii) la especialísima relación de confianza que se deriva de lo dicho anteriormente; (iv) el sometimiento del ejercicio de esta facultad discrecional a un control político específico, consistente en la aprobación del Senado (artículo 173, C.P.) (Corte Constitucional Sentencia C - 819, 2006).

En lo que respecta al requisito establecido en el numeral 1.º de la norma expuesta, se resalta que los tiempos mínimos de servicio en cada grado se encuentran establecidos en el artículo 23 del Decreto 1791 de 2000, el cual fue modificado mediante la Ley 1405 de 2010.

#### *1.2.1.2. Referente normativo:*

✓ Decreto 1800, 2000. Por el cual se dictan normas para la evaluación del desempeño del personal uniformado de la Policía Nacional.

✓ Decreto Ley 1791, 2000. Por el cual se modifican las normas de carrera personal de oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional.

✓ Ley 857, 2003. Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto - Ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones.

✓ Ley 1092, 2006. Por medio de la cual se modifica parcialmente el artículo 19 del Decreto 1791 de 2000 que regula las normas de Carrera del Personal de Oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.

✓ Ley 1168, 2007. Por medio de la cual se modifica el parágrafo 3° del artículo 21 del Decreto 1791 de 2000.

✓ Ley 1405, 2010. Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Decreto - Ley 1790 de 2000 modificado por la Ley 1104 de 2006, Decreto - Ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones

*1.2.1.3. Del retiro:* La situación administrativa de retiro del régimen de carrera de la Policía Nacional fue definida por el artículo 1 de la Ley 857 de 2003 así: “El retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, es la situación por la cual este personal, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio”.

La misma norma establece que el retiro de los oficiales se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional, mientras que el de los suboficiales se efectuará a través de resolución expedida por el director general de la Policía Nacional.

Así mismo, se exige que el retiro de los oficiales debe someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de oficiales generales. La excepción opera igualmente en los demás grados, en los eventos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, cuando no supere la escala de medición del decreto de evaluación del desempeño y en caso de muerte.

Inicialmente las causales de retiro se encontraban concentradas en los artículos 54 y siguientes del Decreto 1791. Sin embargo, mediante la sentencia C-253 de 2003 de la Corte Constitucional, algunas expresiones contenidas en estas causales fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, por considerar que el Gobierno Nacional se excedió en las facultades extraordinarias por medio de las cuales expidió dicho decreto.

Por esta razón, el legislador promulgó la Ley 857 de 2003, mediante la cual se adicionaron las causales de retiro afectadas con la declaratoria de inexecutableidad anotadas.

De esta forma, las causales de retiro de la carrera de la Policía Nacional establecidas en el artículo 55 del Decreto 1791 de 2000 son las siguientes: por solicitud propia; por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad sicofísica, por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez y *por destitución*.

Por voluntad, del gobierno para oficiales y del Ministro de Defensa nacional, o la dirección general de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo, los suboficiales y los agentes. Por no superar la escala de medición del decreto de evaluación del desempeño policial; por incapacidad académica, por desaparecimiento y por muerte.

Adicionalmente, el artículo 2 de la Ley 857 de 2003 indica que: Además de las causales contempladas en el Decreto Ley 1791 de 2000 artículo 69, el retiro para los oficiales y los suboficiales de la Policía Nacional procederá en los siguientes eventos: por decreto del Gobierno Nacional cuando se trate de generales; por resolución del Ministerio de Defensa Nacional, cuando se trate de oficiales en los demás grados; por resolución del director General de la Policía Nacional, cuando se trate de nivel ejecutivo, suboficiales y agentes.

Dados los objetivos del presente estudio, se limitarán los comentarios de estas causales únicamente a la señalada con el numeral 5.º del citado artículo 2 de la Ley 857 de 2003.

El artículo 4 de la señalada Ley 857 de 2003 establece:

(...) ART. 4º—**Retiro por voluntad del gobierno o del Director General de la Policía Nacional.** Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los oficiales o el Director General de la Policía Nacional para el caso de los suboficiales, podrán disponer el retiro de estos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de oficiales, o de la junta de evaluación y clasificación respectiva, para los suboficiales.



El ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo podrá ser delegado en el Ministro de Defensa Nacional, para el caso de los oficiales hasta el grado de teniente coronel y en los directores de la dirección general, comandantes de Policía Metropolitana, de departamentos de policía y directores de las escuelas de formación para el caso de los suboficiales bajo su mando, observando el procedimiento que sobre el particular se señale en cuanto a composición y recomendaciones en el evento de tal delegación respecto de la junta asesora y de evaluación y clasificación de que trata el inciso anterior (...)

Esta norma es el fundamento normativo de la facultad discrecional de retiro de los miembros de la Policía Nacional. En ella se señala que el Gobierno Nacional o el director de la Policía podrán retirar del servicio a los miembros de la Institución, por “razones del servicio” y “en forma discrecional.” Sobre la naturaleza de esta última, se hará una caracterización más adelante.

En cuanto al término “razones del servicio”, esta expresión fue delimitada por la Corte Constitucional en la sentencia C-525 de 1995, en la cual se analizó la exequibilidad del artículo 12 del derogado Decreto 573 de 1995. En esa oportunidad, dicha Corporación consideró:

(...) en el caso de la Policía Nacional, las razones del servicio están básicamente señaladas en la propia Constitución Política (art. 218), a saber: el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. El Comité Evaluador debe verificar si, dentro de estos parámetros, los oficiales, suboficiales y agentes están cumpliendo correctamente con su deber, si están en condiciones psíquicas, físicas y morales para prestar el servicio y en actitud para afrontar todas las situaciones que debido a su actividad de salvaguarda del orden se presenten. Por otra parte, debe tener en cuenta que el servicio tiene unas exigencias de confiabilidad y de eficiencia que implican que los altos mandos de la institución puedan contar, en condiciones de absoluta fiabilidad, con el personal bajo su mando. Es claro que el éxito del servicio guarda relación de proporcionalidad entre las aptitudes del personal que lo presta y el fin de la institución; en caso de descoordinación entre el servidor y el fin de la institución debe primar éste, y por ende debe la

institución estar habilitada para remover a quien por cualquier motivo impida la consecución del fin propuesto.

Son pues las razones del servicio las que permiten corregir los medios para asegurar el fin, sin que ello implique arbitrariedad; la discrecionalidad de los altos mandos en lo que se refiere a la desvinculación de oficiales, suboficiales o agentes debe basarse entonces en las razones del servicio que tiene que preservar y aplicar. Como se ha señalado, la decisión que tome el Gobierno o la Dirección General de la Policía, debe ser una decisión razonada con base en el informe previo del respectivo Comité con lo cual se evita la arbitrariedad. Las razones del servicio imponen un deber, el cual se cumple con la decisión oportuna que se adopte en defensa de la tarea que la Constitución y las leyes le confían a la institución, la cual se desvirtúa cuando no se cuenta con un personal que, por sus condiciones morales no se amolde a la naturaleza de su función (...) (Corte Constitucional Sentencia C - 525, |995).

Se evidencia que las razones del servicio se relacionan principalmente con el desarrollo de la labor misional de la Policía Nacional. Por ende, la decisión mediante la cual se considera que un miembro de la Policía no es útil para el cumplimiento de dichos fines es ampliamente discrecional, por cuanto se acude a criterios de eficiencia y confiabilidad que no están objetivamente definidos.

### **1.2.2. El régimen de carrera de las Fuerzas Militares**

El artículo 27 del Decreto 1512 de 2000 define las Fuerzas Militares como *“organizaciones permanentes instruidas y disciplinadas conforme a la técnica militar, que tienen como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional”*. Esta disposición también indica que aquellas están constituidas por: El Comando General de las Fuerzas Militares, el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea.

Por su parte, el artículo 28 del mismo decreto, establece que el mando en las Fuerzas Militares está a cargo del presidente de la República, quien lo ejerce directamente o por conducto del Ministro de Defensa Nacional, a través del comandante general de las Fuerzas Militares. En lo que concierne al régimen especial de carrera de las fuerzas militares, este se encuentra regulado tanto por el legislador ordinario como extraordinario, mediante el Decreto Ley 1790 de 2000 - compilado en el Decreto 1428 de 2007-, la Ley 1104 de 2006, el Decreto 1495 de 2002 y la Ley 1033 de 2006 respecto de la carrera especial del personal no uniformado.

Así mismo, es pertinente señalar que el Decreto 1790 de 2000 por el cual se modifica el decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. Igualmente, estas instituciones, sometidas al régimen castrense, también se caracterizan porque su personal está organizado de manera piramidal en grados o rangos, por el artículo 5 del Decreto 1211 de 1990, norma que definió la jerarquía militar, clasificando a sus miembros en oficiales y suboficiales, como se muestra a continuación:

<b>Oficiales Ejército Nacional</b>	Oficiales generales	General
		Mayor general
		Brigadier general
	Oficiales superiores	Coronel
		Teniente coronel
		Mayor
	Oficiales subalternos	Capitán
		Teniente
		Subteniente

Tabla 4. Rango nivel oficial del Ejército Nacional de Colombia  
Fuente: autora

<b>Oficiales Armada Nacional</b>	Oficiales de insignia	Almirante
		Vicealmirante
		Contraalmirante
	Oficiales superiores	Capitán de navío
		Capitán de fragata
		Capitán de corbeta
	Oficiales subalternos	Teniente de navío
		Teniente de fragata
		Teniente de corbeta

Tabla 5. Rango nivel de los oficiales de la Armada Nacional

Fuente: autora

<b>Oficiales Fuerza Aérea</b>	Oficiales generales	General
		Mayor general
		Brigadier general
	Oficiales superiores	Coronel
		Teniente coronel
		Mayor
	Oficiales subalternos	Capitán
		Teniente
		Subteniente

Tabla 6. Rango nivel de los oficiales de la Fuerza Armada

Fuente: autora

<b>Suboficiales Ejército Nacional</b>	Sargento mayor
	Sargento primero
	Sargento viceprimero
	Sargento segundo
	Cabo primero
	Cabo segundo

Tabla 7. Rango nivel de los suboficiales de la Fuerza Armada

Fuente: autora

<b>Suboficiales Armada Nacional</b>	Suboficial jefe técnico
	Suboficial jefe
	Suboficial primero
	Suboficial segundo
	Suboficial tercero
	Marinero

Tabla 8. Rango nivel de suboficiales Armada Nacional

Fuente: autora

<b>Suboficiales Fuerza Aérea</b>	Suboficial técnico jefe
	Suboficial técnico subjefe
	Suboficial técnico primero
	Suboficial técnico segundo
	Suboficial técnico tercero
	Suboficial técnico cuarto

Tabla 9. Rango nivel suboficial Fuerza Aérea

Fuente: autora

Adicionalmente, a partir del Decreto 1793 de 2000 se prevé en la estructura de las Fuerzas Militares a los soldados profesionales quienes no se clasifican como suboficiales, jerarquía a la cual el artículo 5 vinculó a los soldados voluntarios incorporados en virtud de la Ley 131 de 1985.

### 1.2.2. Referente normativo

✓ Decreto 1790, 2000. Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares

✓ Decreto 1512, 2000. Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y se dictan otras disposiciones.

✓ Ley 987, 2005. Por medio de la cual se modifican los Decretos 1211 de 1990, 1790 y 1793 de 2000 relacionados con el régimen salarial y prestacional del personal de oficiales, suboficiales y soldados de las Fuerzas Militares.

✓ Ley 1104, 2006. Por medio de la cual se modifican artículos del Decreto 1790 de 2000, en la carrera de los integrantes de las Fuerzas Armadas

✓ Decreto 1428, 2007. Por el cual se compilan las normas del Decreto - Ley 1790 de 2000, por el cual se modifica el decreto que regula las normas de carrera del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

*1.2.2.1. Del ascenso:* Los requisitos de ascenso para los miembros de la carrera militar se encuentran consignados en el capítulo I del Decreto 1790 de 2000, modificado por las Leyes 987 de 2005, 1279 de 2009 y 1405 de 2010.

Los artículos 51 y 52 del Decreto 1790 de 2000 señalan que pueden ser objeto de ascenso los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad que satisfagan los requisitos respectivos legales, y acrediten las respectivas condiciones de conducta, profesionales y sicofísicas, además de cumplir las condiciones específicas que el decreto dispone.

Ahora bien, los requisitos mínimos para el ascenso de los oficiales de las Fuerzas Militares se encuentran establecidos en el artículo 53 del Decreto 1790 de 2000, y son los siguientes:

- a) Tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en el presente decreto;
- b) Capacidad profesional, acreditada con las evaluaciones anuales reglamentarias;
- c) Adelantar y aprobar los cursos de ascenso reglamentarios;
- d) Acreditar aptitud sicofísica de acuerdo con el reglamento vigente;

e) Acreditar los tiempos mínimos de mando de tropa, embarco o vuelo, para los grados de subteniente, teniente, capitán y sus equivalentes en la Armada Nacional, como se estipula en el presente decreto;

f) Concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, y

g) Tener la clasificación para ascenso de acuerdo con el reglamento de evaluación y clasificación.

Por su parte, los suboficiales de las Fuerzas Militares precisan acreditar el cumplimiento de los requisitos consagrados en el artículo 54, a saber:

a) Tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en el presente decreto;

b) Capacidad profesional, acreditada con las evaluaciones anuales y las calificaciones de los cursos y exámenes para ascenso establecidos por los respectivos comandos de fuerza;

c) Acreditar aptitud sicofísica de acuerdo con el reglamento vigente;

d) Acreditar los tiempos mínimos de servicio en tropas o de embarco, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, y

e) Tener la clasificación para ascenso de acuerdo con el reglamento de evaluación y clasificación.

Los requisitos mínimos establecidos para los suboficiales son, en esencia, los mismos exigidos a los oficiales, con la diferencia que los primeros no precisan de un concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.

Como se expuso en el apartado referente a la Policía, el concepto favorable de la Junta Asesora es un requisito cuyo ejercicio por parte de la administración implica el ejercicio de la discrecionalidad, habida cuenta del amplio margen con el que dicho organismo cuenta para emitir un concepto en uno u otro sentido, así como la posibilidad del nominador de acogerlo

o no, por lo cual se tiene que el legislador otorgó mayor grado de discrecionalidad al gobierno para determinar el ascenso de oficiales, prescindiendo de dicha potestad discrecional para el ascenso de los suboficiales.

*1.2.2.3. Del retiro:* De conformidad con lo establecido en el artículo 99 del Decreto 1790 de 2000, el retiro es la situación en la cual “los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, coronel o Capitán de Navío, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza.”

La misma norma señala, además, que “los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio. El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este Decreto.”

El artículo 100 del Decreto 1790 de 2000, modificado por la Ley 1104 de 2006, clasifica las causales de retiro de los oficiales y suboficiales en a.) Retiro temporal con pase a la reserva y, b.) Retiro absoluto, de la siguiente manera:

a. Retiro temporal con pase a la reserva:

1. Por solicitud propia.
2. Por cumplir cuatro (4) años en el grado de general o almirante.
3. Por llamamiento a calificar servicios.
4. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.



5. Por disminución de la capacidad sicofísica para la actividad militar.
  6. Por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.
  7. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literal a.).
  8. Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este decreto, y
- b. Retiro absoluto:
1. Por incapacidad absoluta y permanente o por gran invalidez.
  2. Por conducta deficiente.
  3. Por haber cumplido la edad máxima permitida para los servidores públicos de acuerdo con la ley.
  4. Por muerte.
  5. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literales b) y c).

En lo relativo a la causal de retiro consagrada en el numeral 8.º, el artículo 104 del Decreto en análisis indica:

Por razones del servicio y en forma discrecional, se podrá disponer el retiro de los oficiales y suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del comité de evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el segundo comandante de fuerza, el inspector general, el jefe de personal de la respectiva fuerza, y el comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca. Cuando se trate de oficiales se requiere previo concepto de la junta asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se registrará por lo dispuesto en el artículo 99 de este decreto.

Claramente, la anterior disposición es el fundamento legal que consagra la facultad discrecional de retiro en los miembros de las fuerzas militares. Al igual que en el régimen de la Policía Nacional, esta norma acude a la noción de “razones del servicio”, la cual ya fue

comentada al hacer referencia a la potestad discrecional de retiro en los miembros de la Policía Nacional.

Se resalta en que la facultad discrecional de retiro no es una potestad absoluta y tiene numerosos límites de orden constitucional y legal. En el caso de retiro de miembros de las Fuerzas Militares, la norma exige un concepto previo del comité de evaluación o junta asesora del Ministerio de Defensa.

Se considera que dicho concepto, más que un requisito meramente formal, debe constituirse en una exigencia de índole material indispensable para el retiro, que exponga las motivaciones y fundamentos por las cuales se toma la decisión de realizar el retiro. Esta es la garantía para los miembros de la carrera militar y de policía para que las decisiones que en este sentido adopten sus superiores no caigan en la arbitrariedad.

Ahora bien, si un miembro en situación de retiro de la Fuerza Pública logra demostrar en sede judicial que su retiro fue ilegal, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en consecuencia, estudia si debe ordenar su reintegro a la institución, y además las condenas económicas derivadas de la decisión de anulación; sin embargo, es evidente “que el cumplimiento de dichos fallos se efectúa de manera parcial, y que además de no restablecer el derecho vulnerado de manera íntegra, se viole a partir del cumplimiento de la sentencia el derecho a la igualdad de los reintegrados” (Ramírez, 2012, pág. 100).

Retirar del servicio a un miembro de la Fuerza Pública significa, en la mayoría de los casos, terminar con un proyecto de vida y, cuando tal decisión se toma con una finalidad distinta al interés general, el miembro desvinculado tiene que someterse a un proceso que implica, en últimas, cambiar todo su patrón de vida. Debe ponerse de relieve que el hecho de ser parte de una de estas instituciones tiene rasgos normativos particulares debido a la especialidad de su oficio o profesión, por ello hay que comprender con claridad que elegir

ser miembro de cualquiera de las Fuerzas, Policía o Fuerzas Militares de Colombia, en ejercicio del derecho fundamental a escoger profesión u oficio conforme lo establece el artículo 26 de la Constitución Nacional *...toda persona es libre de escoger su profesión u oficio...*, comporta una decisión tal que restringe en sí misma las posibilidades del ejercicio de su profesión: un hombre o una mujer estudian y se preparan para ser miembro de cualquiera de las fuerzas que integran la Fuerza Pública y su única posibilidad laboral está en estas instituciones. A diferencia de quien escoge cualquier otra profesión como puede suceder con un abogado, sociólogo, matemático, etc.

Al respecto, se debe tener en cuenta que las normas que rigen a la Fuerza Pública mencionan el “reintegro” al hacer referencia otras regulaciones sobre la evaluación de la capacidad sicofísica de sus miembros – Decreto 1796 de 2000 –. En este sentido, resulta de suma importancia no perder de vista este concepto base del argumento que pretende establecer las diferencias en el tratamiento que la Fuerza Pública está dando a los reintegrados, reincorporados y los reestablecidos, en cuanto a sus consecuentes efectos jurídicos.

### **1.3. Discrecionalidad de los actos administrativos**

Se habla de discrecionalidad de los actos administrativos cuando se hace referencia a la aplicación de la potestad discrecional de la administración al emitir cualquier declaración tendiente a modificar, crear o extinguir una relación jurídica. Tal como lo afirma la “doctrina especializada y la jurisprudencia, bajo la denominación discrecionalidad administrativa quedan comprendidos sectores de la actividad administrativa de la más diversa índole, en los

que la naturaleza y límites de la decisión a adoptar varían en cada caso de forma ostensible” (Murillo, 2014, pág. 15).

En un principio se consideraba que la jurisdicción administrativa debía limitarse al control de legalidad sobre la forma y competencia. “Posteriormente, que también debía ejercerse sobre el fin del acto administrativo a través del recurso de desviación de poder, cuyo conocimiento estaba en cabeza del Consejo de Estado y mediante su ejercicio podía debatirse la legalidad del acto, dado que con ello se protegían los derechos subjetivos de los particulares” (Murillo, 2014, pág. 16).

Tal como lo afirman la doctrina especializada y la jurisprudencia, “bajo la denominación *discrecionalidad administrativa* quedan comprendidos sectores de la actividad administrativa de la más diversa índole, en los que la naturaleza y límites de la decisión a adoptar varían en cada caso de forma ostensible” (Murillo, 2014, pág. 18).

Así, la discrecionalidad se puede definir como “*margen de volición* para elegir entre la adopción o no de una consecuencia jurídica u otra en la aplicación de normas de estructura condicional que no obligan a adoptar la consecuencia jurídica por ella prevista o no predeterminan aquella que pueda adoptarse” (Marín, 2012, pág. 184).

También se puede comprender como las diferentes facultades concedidas a la Administración Pública, a efectos de permitirle dar oportuna y eficaz respuesta a los retos que a menudo le plantean variables circunstancias de las distintas áreas en que desarrolla su actividad.

En este orden de ideas, se pueden identificar dos tipos de discrecionalidad: Una *discrecionalidad de actuación* y una *discrecionalidad de elección*. La primera consiste en la posibilidad de aplicar voluntariamente no de forma preceptiva las “consecuencias jurídicas previstas por la norma habilitante, una vez se verifique la existencia de un caso subsumible

en el supuesto de hecho” (Marín, 2012, pág. 184); en la segunda la administración “opta por actuar y la norma prevé como posibles varias consecuencias jurídicas, alternativamente, o no predetermina ninguna, difiriendo dicha tarea a quien ejercita la facultad” (Marín, 2012, pág. 185).

A partir de estas dos variables, la discrecionalidad nunca puede funcionar bajo el supuesto de un hecho normativo, debido a que la discrecionalidad queda confinada al espacio de las consecuencias jurídica de las disposiciones del Derecho Administrativo.

Sin embargo, en la realidad estos planteamientos, se desvirtúan debido a que la administración goza de lo que se ha conocido como facultad absoluta, que se entiende como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón para ello, la cual se convierte en arbitrariedad y lleva al sesgo de cognitivo en términos de interpretación que se haga de la norma.

(...) la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados: “la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de agotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional (...) (Ramírez, 2012, pág. 35).

En este orden de ideas, la discrecionalidad puede ubicarse tanto en el supuesto de hecho, como en la consecuencia jurídica de la norma habilitante de la potestad, que significa

que, en múltiples oportunidades, “la administración puede funcionar bajo supuestos de hecho de las normas jurídico – administrativas, predicable en cierto grado, mayor o menor, de indeterminación, lo que le confiere a ésta un margen de *maniobra*” (Marín, 2012, pág. 195).

Lo que interesa plantear es si dicho margen corresponde a una auténtica facultad discrecional y, por tanto, “supone libertad de decisión, o si se trata del denominado *margen de apreciación*, ubicable ya no en la esfera volitiva, sino *cognitiva* del actuar administrativo, y por ello de estructura esencialmente diferente a la mencionada discrecionalidad” (Marín, 2012, pág. 195).

Esto lleva a establecer que existe dentro de la concepción de la discrecionalidad administrativa las dos acepciones, que se fundamentan en la norma jurídica como en el supuesto de hecho, siendo este último fundamentado en conceptos jurídicos indeterminados, los cuales han suscitado una polémica, en cuanto, a la forma de identificar y diferenciar de otro tipo de elaboración teórica.

Lo anterior, partiendo del hecho de que los conceptos jurídicos determinados son aquellos que no dan pie a duda alguna, ejemplo: Se es mayor de edad a los 18 años. Mientras que los indeterminados hacen referencia a una realidad cuyos límites no es posible precisar, a través de su enunciado, por ejemplo: El debido proceso, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, entre otros. Así las cosas, los conceptos jurídicos indeterminados siempre harán presencia en los debates doctrinarios – normativos, por parte de juristas y pensadores, los cuales no pueden de tajo ser desvirtuados, sino que por el contrario deben ser validados teniendo en cuenta “el núcleo fijo o zona de certeza, configurado por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o “halo del concepto”, más o menos precisa, y, finalmente, una “zona de certeza negativa”” (Marín, 2012, pág. 208).

Los conceptos jurídicos indeterminados en la discrecionalidad juegan un papel determinante, siempre y cuando, se haga la respectiva valoración cualitativa de lo que se busca demostrar, cuando se hace uso de éstos. Esto lleva a establecer que, no existen facultades estrictamente discrecionales, las actuaciones administrativas, cualquiera que sea su materia, se encuentran reguladas de forma detallada en la ley, a la libre interpretación de quienes tienen el deber de aplicarla.

Por lo antes señalado, es que existe una inminente necesidad de una administración adecuada, a través de la cual “el Estado, pueda establecer la procedencia y elementos estructurales de una política para la prevención del daño antijurídico por el retiro del servicio de servidores públicos que, conforme al ordenamiento jurídico, gozan de una especial protección constitucional o legal” (Bolena, 2015, pág. 14).

De modo tal, que la acepción de la Administración Pública como función “en sentido general, indica gestión o ejercicio de una potestad soberana del Estado y, en sentido específico, gestión o manejo del recurso humano al servicio del Estado. Sin olvidar que el “servidor público” está llamado para servir al ciudadano” (Bolena, 2015, pág. 23). De acuerdo con lo anterior, el interés general es la razón por la cual se ha concedido a la Administración la facultad discrecional de retirar del servicio a los servidores públicos como una medida que puede adoptar siempre en busca de mejorar el servicio público.

Por ello, “tiene la facultad de prescindir de los servicios de algunos servidores públicos, sin dejar de lado, algunos requisitos que debe cumplir dependiendo de la naturaleza jurídica de la vinculación del servidor público” (Bolena, 2015, pág. 23).

Se tiene entonces que:

(...) el empleo público debe estar inspirado por una buena gestión, la cual indiscutiblemente debe observar principios tales como la eficacia, eficiencia, mejora, moralidad y renovación del servicio, entre otras, teniendo a los administrados como fin de la administración pública, como destinatarios de bienes y servicios de calidad, y como centro y razón de ser de la institucionalidad pública (...) (Bolena, 2015, pág. 213)

Significa que, en el marco de una buena gestión de la administración pública, ésta no debe gozar, sin razón alguna, de la potestad para retirar del servicio a un funcionario público, sin que medie una razón de peso y peor aun cuando el tiempo de servicio no se ha cumplido. En este sentido, se advirtió que el Estado está en mora de lograr que la gestión se equipare a los principios que rigen el empleo público en Colombia.

Situación que ha permitido que la facultad discrecional de la administración, al aplicar indebidamente una causal de retiro de un miembro de la fuerza pública, faculta la “desviación de poder, y, por lo tanto, genera inestabilidad laboral y jurídica, conllevando a posibles infracciones a derechos constitucionales de los miembros de las Fuerzas Militares” (González, C y Sánchez, M, 2012, pág. 4).

Es por ello, que el Consejo de Estado ha considerado que “gracias a la discrecionalidad que tiene el nominador, el debido proceso y sus garantías, en especial la motivación no es necesaria tratándose de desvinculación de miembros de las Fuerzas Militares” (González, C y Sánchez, M, 2012, pág. 15). Por tanto, la postura dominante en el Consejo de Estado se ha centrado en el siguiente interrogante: “¿los actos administrativos discrecionales que ordenan el retiro de miembros de las Fuerzas Militares deben respetar el debido proceso y sus garantías – derecho de defensa, notificación, motivación, acceso a un recurso judicial efectivo?” (González, C y Sánchez, M, 2012, pág. 16).

Para el Consejo de Estado la facultad discrecional es una potestad jurídica del Estado que permite al nominador – Fuerzas Militares – adoptar “una u otra decisión; es decir, la



permanencia o retiro del servicio. En estos eventos, la autoridad que la ejerce es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades” (González, C y Sánchez, M, 2012, pág. 17).

Por su parte, la Corte Constitucional expone una posición según la cual la discrecionalidad no es otra cosa que una facultad más amplia que se concede por la ley a una autoridad para que ante situaciones determinadas normadas manifiestamente puede acudir a una estimación específica, atendiendo los contextos singulares del caso concreto. Se establece entonces, que es la ley la que enmarca los elementos en que puede ser ejercida la potestad discrecional para el retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a saber: “la existencia misma de la potestad, la competencia para ejercerla respecto de unos miembros determinados y la obtención de una finalidad específica” (González, C y Sánchez, M, 2012, pág. 20). No se trata de una discrecionalidad al margen de la ley, sino todo lo contrario, es en virtud de la ley en que ella dispone que pueda ser ejercida la potestad discrecional.

Entonces, la falta de motivación del acto administrativo que retira discrecionalmente al personal activo de las Fuerzas Militares viola derechos fundamentales, cuando el superior jerárquico “no establece las razones por las cuales aplica esta facultad y se ampara exclusivamente en el principio de legalidad, quedando así el afectado doblemente perjudicado por cuanto debe probar que su retiro no fue en aras del mejoramiento del servicio” (González, C y Sánchez, M, 2012, pág. 26).

De ahí que, los límites al ejercicio de la potestad discrecional, los principios de legalidad, interés público y prohibición de la arbitrariedad son principios angulares dentro de la concepción moderna del Estado de Derecho. Por esta razón, hoy no se admite la posibilidad “de una potestad discrecional de la administración ilimitada, y, por ende, se admite en mayor o menor medida la facultad del poder judicial para controlar los actos discrecionales de la

administración, en aras de la preservación de los principios aludidos” (Ramírez, 2012, pág. 44). Se tiene entonces, que el control judicial de la discrecionalidad ha sufrido una amplia evolución jurisprudencial, en particular en el Consejo de Estado, el cual ha reiterado que:

La facultad discrecional es una potestad jurídica del Estado “que permite a la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta o forma de proceder no esté previamente determinada por la ley. En estos eventos, el servidor público es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", 2006)

Adicionalmente, el Consejo de Estado ha hecho énfasis sobre el carácter limitado que tiene el ejercicio del poder discrecional, por lo cual aquella no involucra el fuero de intangibilidad sobre los actos administrativos, sino que es el principio de razonabilidad la base por medio del cual se sitúan los límites justos y ponderados de la discrecionalidad. Se tiene entonces, que el poder discrecional no es un “atributo absoluto, debido a que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad” (Ramírez, 2012, pág. 83).

De modo tal que “la discrecionalidad administrativa es una realidad y una necesidad en el funcionamiento de un Estado moderno, para su eficaz y ágil funcionamiento se requiere de facultades discrecionales para la toma de decisiones que por sus características no están estrictamente regladas” (Ramírez, 2012, pág. 117).

Un claro ejemplo, de lo expuesto es la causal de retiro por “llamamiento a calificar servicios” de los militares y policiales, ha sido considerada por las altas cortes, como típica facultad discrecional” (Guerrero, 2011, pág. 111), por lo que el problema se evidencia en que

“el espíritu de esta causal ha sido desorientado y los mandos militares y policiales la están utilizando como si se tratará del ejercicio de una facultad discrecional plena” (Guerrero, 2011, pág. 111).

Las “Fuerzas Militares y la Policía Nacional son instituciones jerarquizadas que desarrollan su labor bajo los principios de obediencia y subordinación; garantes de la disciplina; y a consecuencia de actos que ameritaron la toma de medidas inmediatas para separar a oficiales” (Guerrero, 2011, pág. 114) especialmente que protagonizaron comportamientos censurados por la comunidad y que trascendieron a la órbita internacional.

Se tiene entonces que:

(...) la causal de retiro de la Fuerza Pública “por llamamiento a calificar servicios” no se origina en el ejercicio de una facultad discrecional como lo entienden las altas cortes, sino reglada, por cuanto requiere que tenga derecho a asignación de retiro y que el estudio que adelanta el comandante de Fuerza o el director de la Policía Nacional, según el caso, y el concepto de la Junta Asesora se fundamenten en las listas de clasificación del oficial que se pretende retirar (...) (Guerrero, 2011, pág. 122)

Como punto final, se tiene que en el ejercicio de la facultad discrecional como mecanismo legal otorgado al ejecutivo para que pueda retirar por razones del servicio a funcionarios militares y de la policía ha sido objeto de significativos límites por parte de los jueces administrativos y constitucionales.

## **1.4. Jurisprudencia sobre las causales de retiro de los miembros de la Fuerza Pública basadas en la discrecionalidad**

### **1.4.1. Llamamiento a calificar servicios**

En materia de separación del servicio de miembros de la Fuerza Pública, concretamente, en lo pertinente a la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios, la evidencia jurisprudencial demuestra que no se presenta oposición entre los criterios de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, pues ambas corporaciones consideran que para ejecutar esta causal, no se requiere que el acto administrativo que así lo disponga incluya motivación de su decisión.

De la Corte Constitucional se destacan las sentencias SU 091 de 2015 y SU 217 de 2016, que al respecto sostuvieron:

(...) al aplicarse el *llamamiento a calificar servicios* como mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, se constituye en una herramienta de relevo natural dentro del esquema piramidal de mando que tiene la fuerza pública, atendiendo razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario. De igual forma, su proyección al nuevo grado, en todo caso estará sujeto a las vacantes que establezca el Gobierno Nacional. De esta manera, exigir una motivación expresa por parte de las instituciones de la fuerza pública, al acto de retiro de un funcionario por llamamiento a calificar servicios desnaturaliza la finalidad de la figura y abre la puerta al ascenso automático de todos los miembros de las fuerzas armadas hasta sus máximas posiciones, lo que contraría la estructura jerarquizada de dichas instituciones y su facultad discrecional de ascender a sus miembros atendiendo los particulares y específicos principios que rigen esta carrera administrativa especial. (...) (Corte Constitucional SU 217, 2016)

A su vez, el Consejo de Estado, ha sostenido su posición en las siguientes providencias: del 29 de junio de 2006, expediente 76001-23-31-000-2000- 00032-

01(03132-05; del 5 de julio de 2007, expediente 25000-23-25-000-2000-08973-01 (9020-05); del 1.º de marzo de 2012, expediente 05001-23-31-000-2002-00428-01 (0871-11; del 21 de noviembre de 2013, expediente 76001-23-31-000-2005-01375-01 (0197-13; del 11 de agosto de 2015, expediente 11001-03-15-000-2013-01431-00 (AC); del 4 de mayo de 2017, expediente 25000-23-42-000-2013-00111-01 (0318-14; entre otras.

En síntesis, el fundamento de esta última corporación se circunscribe al mencionado en la sentencia de 20 de marzo de 2013, expediente 05001-23-31-000-2001-03004-01 (0357-12), como se muestra a continuación:

(...) la precitada normativa no impone a la Administración el deber de motivar o justificar expresamente las razones por las cuales determina el retiro del servicio de un policial por llamamiento a calificar servicios, en todo caso dicha decisión no comporta un acto de arbitrariedad o abuso en la medida en que su trámite está reglado y, por contera, promover cuestionamientos basados en opiniones subjetivas o personales derivadas del malestar que genera la orden de desacuartelamiento, no tienen la virtud de generar fuero de estabilidad laboral o limitar la potestad discrecional que el legislador otorgó al ejecutivo en aras de procurar el mejor servicio público o incluso controlar el ascenso de los uniformados a grados superiores, a los que evidentemente no pueden acceder todos los miembros de la Policía Nacional o de cualquier fuerza armada por su esquema piramidal y las exigencias excepcionales requeridas, las cuales sin lugar a dudas deben ser valoradas según los criterios (discrecionales y autónomos) de sus mandos (...)

#### **1.4.2. Retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General**

En lo relativo al retiro por voluntad del gobierno o de la Dirección General, la Corte Constitucional, en un primer momento, consideró que era necesario imponer límites al ejercicio indebido de la facultad discrecional, a través de la motivación de los actos de retiro, con la finalidad de amparar los derechos fundamentales de los afectados con dicha decisión, frente a la presunta arbitrariedad de la medida en un intento por objetiva la procedencia de la

causal, tal aserto se evidencia en las sentencias T 432 de 2008, T 1168 de 2008, T 1173 de 2008, T 456 de 2009, T 655 de 2009, T 824 de 2009, T 638 de 2012.

Más adelante, la sentencia SU 053 de 2015 moduló la exigencia proponiendo una pauta mínima de motivación, en el sentido de que, si bien no precisa plasmar expresamente todas las razones que llevaron a la determinación, sí es menester que el acto esté basado en razones objetivas y hechos ciertos, fundado en el concepto previo de las juntas asesoras o los comités de evaluación, los cuales deben reflejar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida y en la SU 175 de 2015, censuró las providencias judiciales de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que negaron las pretensiones en casos de retiro con fundamento en la facultad discrecional, por el hecho de haberse abstenido de valorar la hoja de vida de un oficial, pero a la determinación de retiro.

Posteriormente, en la sentencia SU 091 de 2016 se refirió a las causales de retiro por voluntad del gobierno o del director general de la Policía Nacional y por llamamiento a calificar servicios. En cuanto a la primera, sostuvo un criterio fundado en la necesidad de un estándar mínimo de motivación, pero en relación con el segundo, se sustrajo de su posición anterior, para excluir la procedencia de la causal de la subregla de motivación, e indicó que el correcto ejercicio de la discrecionalidad se contrae al cumplimiento de los requisitos objetivos de haber cumplido el tiempo necesario en la respectiva Fuerza para ser acreedor a la asignación de retiro y el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional. Tal posición ha sido reiterada en las providencias T 107 de 2016 y SU 217 de 2016.

Por su parte, el Consejo de Estado ha mantenido su posición de no motivación del acto de retiro por voluntad del Gobierno, como se puede ver en las siguientes sentencias de la Sección Segunda: del 19 de junio de 2008, expediente 50001-23-31-000-2003-30156-01 (0893-07); del 25 de marzo de 2010, expediente 25000-23-25-000-2001-02031-01 (1398-08;

del 7 de octubre de 2010, expediente 76001-23-31-000-2004-01835-02 (2264-08); del 18 de mayo de 2011, expediente 54001-23-31-000-2001-00054-01 (1065-10); del 3 de noviembre de 2011, expediente 25000-23-25-000-2002-12412-01(1068-09); y del 22 de julio de 2015, expediente 25000-23-25-000-2000-00207-01(1615-03).

## **Capítulo 2**

### **2. Línea jurisprudencial sobre los efectos de la anulación de los actos de retiro fundados en la discrecionalidad de los miembros de la Fuerza Pública**

#### **2.1. Introducción**

En este apartado se busca los enfoques que la jurisprudencia le ha dado a la condena de contenido económico, con ocasión del retiro del servidor público con relación a las sumas dejadas de percibir. De esta forma, se considera conveniente, por una parte, hacer referencia al escenario en el que la censura del retiro general conlleva el reconocimiento de una indemnización y por otro lado, lo relativo a los efectos de la sentencia de nulidad con el consecuente restablecimiento del derecho, para esclarecer lo que corresponde al servidor público retirado de manera ilegal. Este paralelo se considera relevante dada la especialidad que se estudia es la laboral, lo cual implica que sea en el campo privado o en el público, la orientación que propone el principio protectorio de esta rama es indiscutible.

Sea lo primero expresar, de manera sucinta, en qué consisten las diferentes modalidades de despido injustificado, las cuales son diferentes al despido ilegal, debido a que el primero exige una indemnización – artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo – y la segunda el reintegro del trabajador, que lleva a establecer que si bien el empleador tiene libertad para despedir a un trabajador sin importar si es con justa causa, existen casos específicos en que la ley lo prohíbe y cuando el empleador despide a un trabajador protegido por la ley se está ante un caso de despido ilegal.



En el ámbito cotidiano estas figuras tienden a confundirse situación que lleva a cometer errores al momento de juzgar la conducta del empleador; así las cosas, es menester precisar que no todo despido injusto es ilegal ni todo despido ilegal es injusto. Significa que el despido puede adoptar cualquiera de las siguientes modalidades:

- Injusto e ilegal
- Injusto y legal
- Justo y legal
- Justo e ilegal

Se tiene entonces, que el despido injusto debido a su naturaleza no es ilegal, toda vez que la ley lo autoriza, según el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo que señala los modos de terminación del contrato, siendo uno de estos el despido *sin justa causa*. De otra parte, el artículo 62 regula la terminación unilateral del contrato en los siguientes términos: *En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable*. Sin embargo, es de aclarar que la facultad que la ley le otorga al empleador para dar por terminado el contrato de trabajo no es absoluta, debido a que existen situaciones que limitan tal potestad.

Lo hasta ahora abordado, solamente con el fin de recordar la forma como en la justicia ordinaria opera el derecho laboral en materia de retiros, que, al igual que los miembros de la Fuerza Pública reciben el calificativo de indemnizatorio y en algunas ocasiones el restablecimiento del derecho.

Advertido lo anterior, es importante establecer que la gran diferencia radica en la *facultad discrecional* que opera en la Fuerza para retirar a sus miembros sin justificación alguna, aspecto que ha generado toda serie de polémicas. De ahí que, las decisiones

discrecionales tienen que llevarse “a cabo dentro del marco legal que les da sustento formativo. Debe tomarse en consideración a fines precisos y claramente delimitados. Además, una medida discrecional debe ser razonable en relación con los fines perseguidos y debe respetar el debido proceso” (Semana, 2009, pág. 1).

La facultad en comento se ha consolidado como un instrumento efectivo en la lucha contra todas las formas de delincuencia dentro de la Fuerza Pública, pero que no se exime de cometer errores que han llevado a que personas retiradas del servicio dejen de percibir los ingresos siendo injustificado su retiro, aspecto que sería más manejable si se siguieran las reglas o normas del Derecho Laboral.

## **2.2. Análisis jurisprudencial en relación el pago de las sumas de dinero en los casos de retiro del servicio, del restablecimiento del derecho a la indemnización, estudio de casos**

### **2.2.1. Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la condena al pago de sumas de dinero que se ordena reconocer como consecuencia de la nulidad del acto de retiro de los servidores públicos**

Sobre la condena al pago de sumas de dinero que se ordena reconocer como consecuencia de la nulidad del acto de retiro de los servidores públicos, la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado, ha demostrado el ánimo de aplicación de un criterio cada vez más restrictivo que puede considerarse desfavorable para las personas afectadas directamente por estas decisiones.

La orientación del Consejo de Estado se ha inclinado a entender que la condena económica que se genera como consecuencia de la anulación del acto de retiro tiene carácter

indemnizatorio puede estudiarse a partir de la sentencia de la Sala Plena del 28 de agosto de 1996 (S-638), en la que en un caso en el que se accedió al reintegro de una servidora retirada en estado de maternidad aplicó esa tesis con sustento en los siguientes argumentos:

a. Las sumas a las que se condena a la parte demandada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de las prestaciones y los salarios dejados de percibir entre las fechas de desvinculación y reintegro no tienen el carácter de otro “empleo público” u otra asignación que provenga del “tesoro público”, sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le genera a la demandante.

b. Nada impide recibir el sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. En efecto, es lícito devengar ambos conceptos porque tienen causas diferentes y ello no está prohibido por la Constitución Política. En efecto, lo que la Carta prohíbe es que una misma persona desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos, y como consecuencia de ello, perciba dos o más salarios; pero si una erogación proviene de la prestación personal del servicio a través de una relación legal y reglamentaria, y otra del hecho ilegal de la administración, no cabe dentro de esa hipótesis la previsión de los artículos 64 de la Carta de 1886 y 128 de la de 1991.

c. Ciertamente, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir que ordena esta sentencia como consecuencia del reintegro de la actora tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que le irrogó el acto nulo que la desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio, los salarios y prestaciones que se pudiese haber recibido de otra relación laboral de derecho público con el Estado tiene su fuente en la prestación laboral del servicio y constituyen la remuneración por esa actividad personal; en el primer evento se trata de una ficción que se desarrolla a través de una equivalencia, mientras que en el segundo si se cumple una relación de trabajo completa.

d. Fuera de lo anterior, es menester destacar que no existe disposición legal de ninguna clase que le ordene a la jurisdicción contencioso-administrativa esa clase de pronunciamientos; y es elemental que en esa materia no cabe la aplicación analógica. De suyo, el juez no puede crear normas y ordenar dichos descuentos en la parte resolutive significa crear una disposición no prevista en esos términos en la Carta Fundamental ni en la ley.

e. Por el contrario, es incuestionable que en el caso del ejercicio de un empleo sus emolumentos deben estar previstos en el rubro correspondiente al Presupuesto, —el de gastos—, según lo dispuesto por el artículo 122 de la Constitución Política. Mientras que las condenas que se imponen a través de

la sentencia judicial constituyen un crédito que se incluye en otro rubro de este —el de créditos Judiciales— por mandato del artículo 346 del mismo Estatuto Superior. Es decir, que su naturaleza es diferente, sin la menor duda.

(...)

h. Así las cosas, es ostensible que no son procedentes los descuentos por razón de cualquier relación legal y reglamentaria que hubiese tenido la demandante durante el lapso en que permanezca fuera de la entidad demandada, y que haya dado lugar al pago de salarios y prestaciones por su trabajo real y efectivo (Consejo de Estado Sala plena de lo Contencioso Administrativo, 1996).

Lo anterior revela que el entendimiento de los valores bajo estudio se tuvieron a título de indemnización para que causara el efecto en la orden de descuento por concepto de lo devengado por concepto de otras vinculaciones con el Estado, en virtud de la incompatibilidad constitucional que surge en virtud de los artículos 64 de la Carta de 1886 y 128 de la Constitución Política de 1991, situación que lógicamente conviene al servidor beneficiario de la condena que se impuso, para lo cual se sostuvo que tales pagos no pueden entenderse como una asignación proveniente de una relación legal y reglamentaria sino que constituyen el resarcimiento del daño causado por el acto ilegal de retiro.

En este sentido, también destacó que el origen de los recursos difiere en ambos casos pues cuando se trata del ejercicio de un empleo los emolumentos deben estar previstos en el presupuesto correspondiente, según el artículo 22 de la Constitución Política, mientras que las condenas impuestas por sentencias judiciales se incluyen en el rubro de créditos judiciales por mandato del artículo 346 *ibidem*, de manera que, en criterio de la Corporación, ello es suficiente para afirmar que su naturaleza es distinta.

Empero, tal interpretación no se arraigó inmediatamente en la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues revisado el tema del retiro por supresión del cargo de servidores públicos en carrera administrativa, la condena económica se hizo a título de restablecimiento del derecho de lo cual se derivó la orden de los descuentos de lo percibido como asignación

proveniente de otros cargos públicos, tal y como se desprende de las sentencias de la de la Sección Segunda del 6 de mayo de 2002 (1659-2001), 1 de julio de 2004 (1583-2003) y 16 de febrero de 2006 (1011-2005).

Más adelante, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en providencia del 29 de enero de 2008 (2000-02046-02 (IJ)), se aborda un asunto en el que se analizó el retiro en virtud de la supresión de cargo, a través del cual se retomó el carácter indemnizatorio de la condena económica sin que hubiera lugar a descuento alguno en virtud del artículo 128 Superior, con fundamento en razonamientos semejantes a los esbozados en la sentencia S-638 de 1996 y agregó que no puede admitirse que el perjuicio que se indemniza debe tener en cuenta situaciones laborales específicas como pueden ser la supresión del empleo, si la plaza es periodo fijo, si el servidor su reintegrado al cargo o si alcanzó el estatus de pensionado, entre otras situaciones que se pueden presentar, puesto que no se puede cubrir el daño más allá de lo que pudo haber devengado en el empleo.

Esta posición fue adoptada en la resolución de múltiples casos en los que se ordenó el reintegro de servidores públicos, aunque se encontraran en supuestos fácticos distintos, pues se aplicó en casos de retiro por:

➤ Insubsistencia de provisionales. Revisar sentencias del Consejo de Estado de la sección Segunda, Subsección B, del 03 de septiembre de 2009, Radicación: 68001-23-15-000-2001-03173-01(1936-07); Subsección B, del 30 de junio de 2011, radicación: 25000-23-25-000-2003-04222-01(0270-09); y de la Subsección A, sentencia del 11 de julio de 2013, Radicación: 05001-23-31-000-2000-00045-01(1088-12).

➤ Supresión del cargo: Consejo de Estado Subsección B, sentencia del 07 de febrero de 2008, Radicación 50001-23-31-000-2001-04104-01(4104-05) (supresión del cargo empleada embarazada); Subsección A, sentencia del 07 de mayo de 2009, Radicación:

08001-23-31-000-1998-01399-01(1134-08); Subsección A, sentencia del 26-06-2008, Radicación número: 70001-23-31-000-2001-01573-01(2455-07); Subsección B, sentencia del 24-03-2011, Radicación Número: 05001-23-31-000-2002-02389-01(1691-10),

➤ Retiro del servicio de miembros de la Policía Nacional: Consejo de Estado sección Segunda, Subsección A, sentencia del 05-06-2008, Radicación número: 76001-23-31-000-2001-04004-01(5091-05).

➤ Retiro de pre pensionados: Consejo de Estado subsección B, sentencia del 30-06-2011, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-04222-01(0270-09),

➤ Vacancia por abandono del cargo: Consejo de Estado subsección B, sentencia del 8 de mayo de 2008, Radicación 500012331000200100551 01 (2520-2005).

➤ Discusión sobre asignación de retiro y los salarios y prestaciones percibidos por virtud de la condena: Consejo de Estado sección Segunda, Subsección B, sentencia del 30-03-2011, Radicación número: 13001-23-31-000-2003-02110-01(2295-08), Actor: Julio Cesar Sánchez García, Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

No obstante, paralelamente, en otros casos de retiro la sección Segunda de la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo entendía que las sumas que debía ordenar pagar en virtud de la anulación del acto de retiro eran a título de restablecimiento del derecho, con lo cual devenía el descuento de las sumas de lo que hubiere devengado por otros conceptos como la pensión de jubilación, en los casos de retiro por derecho a pensión, entre ellos:

➤ Revisar Consejo de Estado subsección B, sentencia del 21 de octubre de 2010, REF: 250002325000200406653 01. (0433-2009); Subsección B, sentencia del 21 de octubre de 2010, REF: 250002325000200407379 01 (1468-2007); Subsección B, sentencia del 6 de

septiembre de 2012, REF: 250002325000200508914 02. (1764-2009); Subsección B, sentencia del 6 de septiembre de 2012, REF: 250002325000200508914 02. (1764-2009);

Dicha tendencia se presentó incluso en asuntos relativos a la insubsistencia de servidores de carrera administrativa, como se observa en las providencias:

➤ Consejo de Estado subsección A, sentencia del 21 de noviembre de 2011, radicación: 19001233100020020053101 (0487-09); Subsección B, sentencia del 6 de septiembre de 2012, REF: 050012331000200406871 01. (2389-2011), Subsección A, sentencia del 21 de noviembre de 2013, Subsección A, sentencia del 21 de noviembre de 2013, Radicación número: 23001-23-31-000-2006-00411-01(0556-10); Subsección B, sentencia del 18 de marzo de 2015, REF: 250002325000200602680-02 (2698-2011).

Sin embargo, en atención a que la Corte Constitucional se ocupó de este tema en sus sentencias de unificación, esta tendencia a tratar de manera asilada el restablecimiento económico como una indemnización, evolución que se ampliará más adelante, comenzó a desarrollarse y a reflejarse en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Así, en la sentencia de la Subsección B del 10 de septiembre de 2015 Expediente: 050012331000199800554 01 (017-2012), se acogió lo que hasta ese momento cobraba vigencia en la sentencia de la Corte Constitucional SU-556 de 2014, en el sentido de aplicar las siguientes reglas en materia de provisionales:

(...) (i) El reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y,

(ii) A título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que, por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por

indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario. (...) (Corte Constitucional Sentencia SU - 556, 2014)

En relación con lo anterior, la Sección Segunda reconoció que pese a que el caso dentro del cual se decantó esta posición era relativo a provisionales la misma debía ser aplicada, indistintamente, a los asuntos referidos al retiro de los miembros de la Fuerza Pública cuando en ellos no exista motivación alguna y por ende, ordenó el pago de una indemnización correspondiente a 24 meses de salarios y prestaciones sociales efectuándose los descuentos de las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, hubiese percibido el demandante. Tesis reiterada en las providencias del Consejo de Estado Subsección B del 27 de abril de 2016 radicación: AC 11001-03-15-000-2016-00779-00 y del 9 de marzo de 2017 radicado: 110010325000201301217 00 (3065-2013).

### **2.2.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con la condena económica y los descuentos**

La jurisprudencia constitucional en esta materia puede analizarse a partir de la SU-917 de 2010, en la que al conocer de asuntos relacionados con la separación del servicio de empleados públicos en provisionalidad ordenó el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el retiro hasta el reintegro el cual condicionó a que el cargo no hubiere sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos. En esta oportunidad el carácter de dicho pago no fue objeto de consideración especial por lo cual, bien podría entenderse que correspondía a salarios y prestaciones o bien a una indemnización, no obstante, no se refirió a descuentos de dichas sumas.



Más adelante, con la sentencia SU 691 de 2011, acogió la posición imperante por esa época en el Consejo de Estado, según la cual debía ordenarse el descuento de lo percibido por concepto de desempeño en otros cargos públicos durante su desvinculación, ellos por cuanto, en su criterio, resulta ajustado a derecho, puesto que de lo contrario se genera un enriquecimiento sin causa y la vulneración del artículo 128 Constitucional. Para la Alta Corporación tal indemnización corresponde a parámetros objetivos que responden a la justicia material “De tal suerte que, mal puede tasarse la indemnización con base en salarios y prestaciones dejados de percibir cuanto éstos y éstas se percibieron en total o relativamente medida del Tesoro Público”, así acogió la posición de la Sección Segunda contenida en la providencia del 16 de mayo de 2002, antes anotada.

En la sentencia SU 556 de 2014, también en materia de provisionales, se fijaron dos reglas en relación con el restablecimiento del derecho de los provisionales retirados a través de un acto administrativo sin motivación en cuanto al reintegro, aspecto que condicionó a que el empleo no hubiera sido suprimido o provisto mediante concurso y a que el servidor no hubiere cumplido la edad de retiro forzoso, y en relación con los pagos a que hubiere lugar ultimó que estos serían a título indemnizatorio, en suma que no podría ser inferior a 6 meses de haberes, que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, ni superar los veinticuatro (24) meses, en atención a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio, descontando “de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente” hubiera devengado el servidor.

En aquella oportunidad la Corte razonó que el daño en esos asuntos corresponde a los emolumentos dejados de percibir durante el tiempo que la persona permanece cesante por causa del retiro del servicio, y que la indemnización que se genere debe atender aspectos tales

como: la reparación integral del daño, evitar el pago de una indemnización excesiva, la expectativa de permanencia en el cargo, con especial énfasis en la estabilidad relativa propia de una vinculación en provisionalidad; y la carga que tienen las personas de asumir su auto-sostenimiento.

Este criterio fue adoptado y reiterado en la sentencia SU 053 de 2015, que además de referirse a personas vinculadas en provisionalidad también lo hizo sobre miembros de la Policía Nacional retirados con fundamento en el ejercicio de la facultad discrecional; en la SU-054 de 2015 también sobre provisionales y más recientemente, en la SU 354 de 2017 se dejó claro que la subregla indemnizatoria aplica de igual forma a servidores de carrera administrativa, aunque para ellos no es viable la aplicación de los topes mínimos y máximos, de 6 y 24 meses, habida cuenta de que en ese caso no existe la relación de temporalidad o expectativa de permanencia en el empleo. A continuación, se expone la tabla 10 de la línea jurisprudencial de los relacionado con el tema de los descuentos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, conforme la metodología de López (2006):

Problema jurídico		
¿Proceden los <u>descuentos</u> de lo recibido en otros cargos públicos desempeñados durante el retiro?		
<p>TESIS 1</p> <p>No son procedentes los descuentos por razón de cualquier relación legal y reglamentaria que hubiese tenido el demandante durante el lapso en que permanezca retirado de la entidad. No existe la incompatibilidad de que trata el art. 128 de la C.P. porque la condena es a título indemnizatorio.</p> <p>La Corte Constitucional no imparte orden de descuentos.</p>	<p>△ SP S-638 de 1996</p> <p>● T-800-1998</p> <p>△ SA 1659-01</p> <p>● T-884- 2002</p> <p>△ SB 3446-01 (octubre 2002)</p> <p>△ SB 893-02 (febrero 2003)</p> <p>△ SB 2395-02(julio 2003)</p>	<p>TESIS 2</p> <p>Consejo de Estado: Si deben ordenarse los descuentos porque se incurre en la incompatibilidad del art. 128 C.P. porque al ser devueltas las cosas a su estado anterior como si el servidor nunca hubiese estado retirado de su cargo.</p>
	<p>● T-752- 2003</p> <p>△ SB 1244-02 (agosto 2003)</p> <p>● T-660- 2005</p> <p>● T-752-2005</p> <p>● T-1248-2005</p>	<p>Corte Constitucional:</p> <p>Los salarios y prestaciones se pagan a título de Indemnización y se deben aplicar topes</p>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>● T-1258-2005</li> <li>● T-1117-2005</li> </ul>	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>● T-156-2006</li> <li>● T-170-2006</li> <li>● T-634-2006</li> <li>△ SP 2000-02046-02(IJ) (enero 2008)</li> <li>△ SB 4104-05 (febrero 2008)</li> <li>● T-308-2008</li> <li>● T-356-2008</li> <li>△ SA 2455-07 (junio 2008)</li> <li>△ SA 5091-05 (junio 2008)</li> <li>● T-048- 200</li> <li>● T-104-2009</li> <li>● T-108-2009</li> <li>● T-251- 2009</li> <li>△ SB 1936-07(septiembre 2009)</li> <li>△ SA 2176-08(agosto 2009)</li> <li>△ SB 1936-07(septiembre 2009)</li> <li>● SU-917-2010</li> <li>△ S2 2595-07 (marzo 2011)</li> <li>△ SB 1691-10 (marzo 2011)</li> <li>△ SB 2295-08(marzo 2011)</li> <li>△ SB 0270-09 (junio 2011)</li> <li>△ SB 0432-07</li> <li>△ SB 0270-09 (junio 2011)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>△ SB 3068-01(junio 2006)</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>● T-656-2011</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● SU-691-2011</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>△ SA 1971-10</li> <li>△ SA 0002-10 (mayo 2012)</li> <li>△ SA 0556-10</li> <li>△ SB 2698-11</li> <li>△ SA 0487-09</li> </ul>	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>△ SA 1088-12(julio 2013)</li> <li>△ SB 1613-12</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● SU-556-2014</li> <li>● SU-054-2015</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>△ SA 0438-12 (marzo 2016)</li> </ul>	

	<p>△ SB 2698-11</p> <p>● SU-354-2017</p>	<p>△ SB 0917-12 (topes)</p> <p>△ S12D 2000-06686-01(S) (diciembre 2016)</p> <p>△ SB 0917-2012 (septiembre 2015)</p> <p>△ SB 3065-13 (marzo 2017)</p> <p>△ SB AC 2016-00661-00 (mayo 2016)</p> <p>△ SB AC2015-01161-01 (septiembre 2015)</p> <p>△ SB AC2013-00779-00 (abril 2016)</p> <p>△ SB AC2016-03509-01(mayo 2017)</p> <p>△ S1 AC2017-00429-01 (mayo 2017)</p> <p>△ S5 AC2017-00470-00 (marzo 2017)</p> <p>△ S5 AC2017-02110-00 (octubre 2017)</p> <p>△ S5 AC2017-02416-01 (diciembre 2017)</p>
--	--	--

Tabla 10. Línea jurisprudencial de los relacionado con el tema de los descuentos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado.

Convenciones: SA: Subsección A de la Sección Segunda, SB: Subsección B de la Sección Segunda, S2: Sección Segunda en pleno, SP: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, S12D: Sala Doce Especial de Decisión, S1: Sección Primera, S5: Sección Quinta, ● Corte Constitucional y △ Consejo de Estado

### 2.2.3. Jurisprudencia sobre los descuentos en relación con los miembros de la Fuerza Pública

Revisado lo anterior, se procede a analizar la línea en relación con el retiro de los miembros de la Fuerza Pública cuando se ha causado el derecho a la asignación de retiro la

línea jurisprudencial se ha visto afectada por el carácter que se le dio a la condena. Fue así como la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia del 26 de enero de 2006 radicación: 25000-23-25-000-1998-01259-02(0837-2004), consideró que los valores recibidos por asignación de retiro no son compatibles con los salarios y prestaciones que se ordena reconocer con ocasión de la nulidad del acto de retiro, por cuanto la excepción prevista en el literal b.) del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, no se adecua a esta hipótesis, en la cual los valores obtenidos por la vía judicial provienen del mismo cargo respecto del cual se recibió la asignación de retiro.

Igualmente, en providencia del 1º de marzo de 2007 radicación: 25000232500020000377401 (4782-2005), la Alta Corporación consideró en un caso similar, que no efectuar la devolución de las sumas recibidas por asignación de retiro, implica “una doble indemnización de perjuicios con grave afectación del erario público”. También indicó que la extinción de la asignación de retiro no requiere consentimiento del particular cuando vaya a operar el reintegro, puesto en esa eventualidad no se desconoce una situación particular y concreta, sino que se trata de otorgar un beneficio como lo es el cumplimiento de la sentencia.

Luego, el Consejo de Estado, en sentencia del 27 de marzo de 2008, radicación: 25000-23-25-000-2003-08975-01(8239-05), sostuvo que el pago que se ordena como consecuencia de la nulidad del acto de retiro, tiene el carácter de indemnizatorio por los perjuicios causados con la ilegalidad de aquel; tal y como lo dijo la sentencia de Sala Plena de ese mismo año anteriormente citada, razonamiento que llevó a la subsección a afirmar que con esa medida no se transgrede la prohibición de que trata el artículo 128 constitucional, y tampoco se configura enriquecimiento sin causa por el pago de los salarios y prestaciones como consecuencia del reintegro. Fue este el fundamento para disponer la nulidad del acto

que ordenó el descuento de las sumas devengadas por asignación de retiro de la indemnización recibida a título de restablecimiento del derecho.

En el mismo sentido, la sentencia del 12 de febrero de 2009, radicación: 5000-2325000-2001-02366-01(2131-07), juzgó que el acto por el cual se extinguió una asignación de retiro por reincorporación al servicio debía retirarse del ordenamiento, puesto que por disposición del artículo 19 literal b.) de la Ley 4.<sup>a</sup> de 1992 y del Decreto Ley 1211 de 1990, artículo 175, facultó al servidor que reciba asignación de retiro para percibir simultáneamente un salario derivado de un vínculo que surja con posterioridad al retiro, aunque en este caso la nueva vinculación con la entidad no se indicó que obedeciera a una orden judicial, ni se refirió a los pagos efectuados a título de indemnización.

En providencia del 6 de agosto de 2009, radicación: 25000-23-25-000-2005-03749-01(1267-07), con base en los antecedentes aquí mencionados, también consideró que recibir la asignación de retiro junto con los salarios y prestaciones a título de indemnización, no configuran el supuesto establecido en el artículo 128 de la Constitución Política, y bajo el mismo criterio declaró la nulidad de los actos que extinguieron la asignación de retiro y ordenaron el reintegro de lo devengado por dicho concepto, en la sentencia del 30 de marzo de 2011, radicación: 13001-23-31-000-2003-02110-01(2295-08).

Sobre este punto, la Corte Constitucional en la sentencia T-265 de 2013, consideró que se vulnera los derechos a la igualdad, al debido proceso y al acceso real y efectivo a la administración de justicia de la Institución, cuando se anula el acto de retiro por llamamiento a calificar servicios, el hecho de obligarla a pagar la totalidad de los salarios y prestaciones dejados de percibir, sin disponer el descuento de suma alguna por concepto de lo percibido por un coronel a título de asignación de retiro, cuando el afectado permaneció gozando de todas las prestaciones que le correspondían como miembro de la reserva.

Por ello, razonó que aun cuando el salario y la asignación de retiro tienen una naturaleza diferente, ambas asignaciones provienen del tesoro público, en ese orden, de admitir su concurrencia se vulnera lo dispuesto por el artículo 128 de la Constitución Política, como consecuencia de lo cual ordenó que los dineros pagados por concepto de asignación de retiro, fueran compensados con cualquier otra suma que el mismo reciba o haya recibido a título de salario con ocasión de su reintegro o de cualquier otra prestación que tuviera origen en el erario de la nación.

Finalmente, la providencia del 3 de mayo de 2018 radicación: 050012333000201401335 01(2094-2017) antepuso el principio de sostenibilidad del sistema como uno de los fundamentos para sostener que no es viable pagar la indemnización por la anulación del acto sin efectuar el descuento de lo devengado por asignación de retiro, así como los efectos de la orden de reintegro “sin solución de continuidad” que se impartió para el restablecimiento del derecho.

### **Capítulo 3**

#### **3. Identificación y delimitación del alcance de las variables no atendidas por la jurisprudencia que resultan determinantes para definir cómo debe ser el restablecimiento del derecho**

De la jurisprudencia analizada anteriormente, se puede extraer que los aspectos tenidos en cuenta para determinar que la condena económica derivada de los actos de retiro de servidores públicos son los siguientes:

- ✓ Incompatibilidad derivada del artículo 128 de la Constitución Política.
- ✓ La posibilidad del juez de señalar los efectos de la sentencia de nulidad.
- ✓ Si el carácter de la condena es de indemnización o de restablecimiento del derecho.
- ✓ El carácter temporal de las vinculaciones de los provisionales, aspecto que demuestra la ausencia de un precedente jurisprudencial sobre el tema concreto objeto de estudio.

✓ Enriquecimiento sin causa y la carga que tienen las personas de asumir su auto-sostenimiento.

- ✓ La reparación integral del daño.
- ✓ Evitar el pago de una indemnización excesiva.

Para comprobar la hipótesis formulada, en relación el carácter de restablecimiento del derecho de la condena, como consecuencia del acto anulatorio, es necesario analizar aspectos que aún no han sido tratados por la jurisprudencia, tales como:

- ✓ La jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho en Colombia.
- ✓ Las consecuencias de la nulidad de los actos de retiro del servicio, para efectos del correspondiente restablecimiento del derecho.

✓ Las normas que decretan que no hay lugar a la devolución de las mesadas recibidas de buena fe.

✓ La compatibilidad de la asignación de retiro y otras asignaciones del Tesoro Público.



✓ Los principios que orientan el derecho laboral, que se deben observar en la interpretación de las fuentes del derecho.

### **3.1. Efectos de la declaración de nulidad de los actos de retiro del servicio en la condena de contenido económico**

Realizado el análisis jurisprudencial con relación al carácter de la condena económica como consecuencia de la anulación del acto de retiro del servicio del servidor público de acuerdo con el cual las altas cortes ya no discuten la naturaleza indemnizatoria de tales valores, pero limitado por criterios distintos al lapso transcurrido entre la separación del cargo y el reintegro efectivo, es menester entender el alcance del concepto de *la nulidad y el restablecimiento del derecho* de manera que sea posible concluir de forma objetiva si resulta acorde el tratamiento que dispensan en la actualidad los pronunciamientos jurisprudenciales a dicha noción, en el contexto de la discrecionalidad de los actos administrativos.

En esta materia, es conveniente aclarar que la separación temporal del servicio y sus efectos en materia laboral han sido abordados por la jurisprudencia, fue así como el Consejo de Estado definió que los fallos que ordenan la nulidad de un acto administrativo con el concurrente restablecimiento del derecho generan que la consecuencia de reintegro se entienda sin solución de continuidad, al señalar:

(...) la declaración de nulidad obliga a restablecer las cosas al estado en que se encontraban cuando se realizó el acto nulo, es decir; se entiende como si este acto nunca hubiera existido, el consiguiente reintegro o restablecimiento del empleo o cumplimiento de las condiciones adicionales como consecuencia de nulidad, esto es como si se hubiera prestado el servicio sin solución de continuidad (...) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 2007).

Lo anterior, no sin antes realizar una revisión normativa que permita comprender más a fondo la correlación entre el restablecimiento del derecho y la nulidad del acto demandado, con la finalidad de comprobar el efecto lógico que se genera entre ambos aspectos del medio de control.

### **3.1.1. La nulidad y restablecimiento del derecho**

De las acciones consagradas por la vía jurisdiccional en materia contencioso administrativo para la protección de los derechos e intereses particulares y generales transgredidos en la actividad de la administración, así como para responder a la supremacía del orden jurídico, se encuentran los medios de control a través de los cuales se pueden formular pretensiones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho.

En este orden, toda persona podrá solicitar por sí o por medio de su representante, que declare la nulidad de los actos administrativos, en los siguientes términos:

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió (Corte Constitucional Sentencia C - 426, 2002).

De esta forma, la finalidad de la demanda de nulidad del acto administrativo es la tutela del ordenamiento jurídico, con el fin que este quede sin efecto por contrariar las normas superiores del derecho. Este medio de control busca consolidar el interés general para que

prevalezca la defensa de la legalidad abstracta sobre los actos de la administración de menor categoría y así, pueda ser ejercida en todo momento por cualquier persona.

Asimismo, en cuanto a la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, se tiene que su contenido está delimitado por el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, de la siguiente manera:

(...) Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel (...)

De lo transcrito, se puede establecer que la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho integra dos dimensiones: la primera, orientada a la anulación del acto administrativo, similar al medio de control *de nulidad*, es decir, la nulidad de los actos – artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 – y aquellos que hayan sido falsamente motivados.

La diferencia que señala la ley entre la nulidad y el restablecimiento del derecho está en quien ejerce la acción se siente lesionado en un derecho amparado por una norma jurídica. Son estas dos acciones los caminos señalados por la ley colombiana como medios para hacer efectivo el control jurisdiccional de los actos administrativos y para ejercer respecto de ellos, si es el caso, las sanciones típicas del principio de legalidad.

En este orden de ideas, la doctrina jurídica colombiana ha establecido que mientras se determine en qué circunstancias procede “la acción de nulidad contra actos administrativos. Estas acciones generan situaciones particulares, concretas o subjetivas. Además, por la necesidad de resolver judicialmente ciertos eventos de la vida real, dichos actos crean, modifican o extinguen una relación jurídica específica y subjetiva” (Sánchez, 2015, pág. 119).

De ahí, que al hacer mención del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto al fundamento constitucional de la acción de nulidad, se tiene que la naturaleza jurídica de esta, según la “Corte Constitucional no es otro que garantizar la vigencia del principio de legalidad, consustancial al concepto de Estado de Derecho consagrado en Colombia” (Sánchez, 2015, pág. 129). Así mismo, este concepto asegura la eficacia del principio de jerarquía a partir de la propia Constitución. Razón por la cual, el contencioso de simple anulación tiene un indiscutible fundamento constitucional.

De esta forma, señala Sánchez (2015) que la Corte Constitucional en la sentencia C 426 de 2002 sostuvo que tanto la acción de nulidad como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho proceden contra todos los actos administrativos generales y particulares, sin distinción y sin limitación alguna, cualquier persona podrá acudir al contencioso de anulación por dos vías:

(...) 1. Promoviendo la acción de nulidad en cualquier tiempo, única y exclusivamente para solicitar la nulidad del acto administrativo demandado, al margen de la relación jurídica particular o sustancial. Se entiende que actúa por razones de interés general para proteger la integridad del ordenamiento jurídico y para asegurar la vigencia del principio de legalidad.

2. Promoviendo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En este caso ha de asumirse que actúa “motivada por el interés particular” en el restablecimiento del derecho lesionado o en la reparación del daño causado

con el acto demandado. Se entiende que para que, según el caso, el restablecimiento o la reparación sea jurídicamente posible, la acción debe ejercerse dentro del término de caducidad establecido en la Ley y por el titular del derecho o con su audiencia. De lo contrario, la petición será únicamente de anulación (...) (Sánchez, 2015, pág. 133).

En ambas situaciones la competencia y los poderes del juez resultan limitados por la pretensión de nulidad. Significa, que el juez no puede tomar ninguna medida de restitución de la situación jurídica del demandante. Así, corroborando lo expuesto, se debe tener en cuenta que con la acción de “nulidad y restablecimiento del derecho, se puede solicitar la nulidad de todo acto administrativo, general o particular, por el titular de aquel dentro de su término legal de caducidad y agotando la vía gubernativa si está prevista en cada caso” (Sánchez, 2015, pág. 146).

En este orden de ideas:

(...) no se puede pasar por alto que la petición de nulidad hace parte integrante e inescindible de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, puesto que el segundo sería imposible sin la primera. La petición de nulidad establecida en el Artículo 85 del C.C.A. no es una pretensión autónoma porque para ella está el Artículo 84. Esta petición de nulidad está indisolublemente atada al restablecimiento del derecho respectivo, en la medida en que compone y completa la pretensión. Por ello, afirmó que la petición de nulidad del acto así sea invocando el Artículo 84 del C.C.A. y la doctrina sentada Sentencia C-426/02, solo puede pedirla quien tenga vocación de restablecimiento. No está concebida como medio para extinguir el derecho reconocido a otro, a la manera de los casos a que se refiere la tesis de 1990 (...) (Sánchez, 2015, pág. 149).

La anterior conclusión lleva a establecer que sí se conjugan armónicamente los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo permiten que se demande la nulidad del acto administrativo que lesiona los derechos subjetivos, se solicite o no el restablecimiento del derecho.

Es por ello, que al referirse a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como una herramienta para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo colombiana que tienen los funcionarios de la Rama Judicial, “solamente procede cuando se trata de Servidores Públicos” (Delgado, A; González, L y Rada, E, 2015, pág. 5).

Así, la pretensión de acción de nulidad y restablecimiento del derecho “es un mecanismo de la Jurisdicción Contencioso Administrativo colombiana que otorga a los servidores de la Rama Judicial la oportunidad de hacer efectiva la defensa de sus derechos e intereses conculcados en la actividad de la administración” (Delgado, A; González, L y Rada, E, 2015, pág. 37).

Por ende, el objeto de la acción de restablecimiento del derecho que se enmarca en el deseo de subsanar el daño causado con la expedición de actos administrativos que como “es sabido es la manifestación de su voluntad y son los que le permite actuar de manera cotidiana y dinámica en nuestro ordenamiento jurídico, se ha constituido en un avance importante en materia de protección de derechos de los colombianos” (Restrepo, 2014, pág. 8).

Así, se plantea la idea de que, a diferencia de la acción de nulidad, el restablecimiento del derecho va más allá, debido a que su finalidad es reparar el daño causado con la expedición de actos administrativos; más aún cuando las entidades públicas se otorgan competencias y procedimientos no establecidos en la ley, actuando como entes autónomos. De esta forma, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se constituye en herramienta que se concede ante la jurisdicción en pro de la defensa de los administrados, con el fin de dirimir el conflicto suscitado entre las partes.

### **3.1.2. Los efectos de las sentencias de nulidad y restablecimiento del derecho, evolución normativa**

En este apartado se hace un estudio de los efectos de las sentencias de nulidad para delimitar el alcance del restablecimiento del derecho, pues si bien se cuenta con la definición legal del medio de control en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, lo cierto es que el vacío en la definición de su contenido ha concedido autorización a la jurisprudencia para considerar que cuando se ordena un reintegro, como consecuencia de la anulación de un acto de retiro de un servidor público, corresponde el pago de una indemnización por los daños generados con aquel y no un restablecimiento del derecho propiamente dicho, entendido como el reconocimiento de los salarios y prestaciones dejados de devengar desde la ejecución de la decisión ilegal hasta la ejecución de la orden de reintegro.

Para tal objetivo, no puede dejarse de lado la voluntad del legislador en el planteamiento del respectivo medio de control, para esclarecer cuál era la teleología del pago de sumas de dinero en los asuntos laborales. Para ello, se realizó la búsqueda de los antecedentes legislativos de los diferentes códigos que han regido en Colombia y orientar de esta manera el contenido del restablecimiento del derecho. Fue así como se recolectaron los archivos atinentes a la Ley 1437 de 2011, el Decreto 01 de 1984, la Ley 167 de 1941, la Ley 80 de 1935 y la Ley 130 de 1913.

Sea lo primero precisar, que la referencia legal más cercana a los efectos de las sentencias de nulidad se encuentra en el Código Civil, artículo 1746, que reviste de valor restitutorio a las prestaciones a que hay lugar como producto de la declaración en tal sentido, que textualmente indica:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que hallarían si no

hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los caos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ellos según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

El anterior contenido normativo otorga efectos a la declaración de nulidad desde el origen mismo del acto, al buscar retrotraer las cosas al estado anterior al acto. Esta previsión data del año de 1887, pero fue hasta el año de 1913 que se expidió un Código Contencioso Administrativo a través de la Ley 130 de dicho año, cuya exposición de motivos no reposa en el Archivo General de la Nación y en los archivos de la Hemeroteca del Congreso de la República, solamente obra la radicación del proyecto, dentro del cual se observa que concebía por una lado la acción de nulidad de las ordenanzas y otros actos de las asambleas departamentales (art. 74) y de acuerdos y otros actos de los concejos municipales (art. 94), así como la posibilidad de adelantar juicios sobre pensiones y recompensas militares y de civiles que se ventilaban en única instancia (art. 108), de manera que ninguna referencia especial hizo sobre el asunto objeto de estudio.

Más adelante, la Ley 80 de 1935 “sobre lo contencioso administrativo” se refirió de manera concreta a los efectos de las sentencias de nulidad de ordenanzas departamentales o acuerdos municipales, para señalar en tal evento también quedarían “virtualmente nulos, en lo pertinente, los decretos o reglamentos respectivos” (art. 3). En el artículo 4 se refirió al concepto de *acción privada*, dentro del cual advirtió que la sentencia debía determinar con precisión “la manera como deba restablecerse el derecho violado, si fuere el caso y siempre que así se haya solicitado”.



Respecto de los medios de impugnación de legalidad de actos administrativos, la exposición de motivos demostró que se había detectado que la ausencia de un medio de coacción para las autoridades obligadas a dar cumplimiento a las decisiones judiciales, conllevaba a que la sola declaratoria de nulidad no tuviera los efectos reparadores perseguidos, lo cual llevaba a que dichas decisiones tuvieran un valor ilusorio, situación que promovió al *contencioso de plena jurisdicción* “en cuya virtud los Tribunales puedan determinar en el fallo el modo como deba quedar resuelto definitivamente el punto controvertido, sin dejar esta declaración al arbitrio del funcionario autor de acto recusado” (Anales del Senado del 27 de agosto de 1935, p. 316).

Hasta este punto se observa la existencia de figuras equivalentes a las denominadas acciones públicas y privadas, estas últimas entendidas como aquellas que solo tiene el titular del interés individual protegido por una norma.

3.1.2.3. *Ley 167 de 1941*: Sentadas las bases descritas, la Ley 167 de 1941 “Sobre organización de la jurisdicción contencioso-administrativa” previó la acción de nulidad contra los actos de las corporaciones de los diferentes cuerpos colectivos de orden territorial (art. 66), así como acciones subjetivas, cuyo tenor literal conviene transcribir para una mayor claridad:

**ARTICULO 67.** La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho.

La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho.

**ARTICULO 68.** También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar

directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes.

**ARTICULO 69.** Para el solo efecto de restablecer el derecho particular violado podrán los organismos de lo Contencioso Administrativo estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas.

En este caso y en el de los dos anteriores artículos, deberá expresar el interesado en qué consiste la violación del derecho y la manera como estima que debe restablecersele.

**ARTICULO 70.** La nulidad declarada en vía contencioso-administrativa produce efecto general contra todos. Pero el restablecimiento del derecho sólo aprovechará a quien hubiere intervenido en el juicio y obtenido esta declaración en su favor.

De lo transcrito, nótese cómo a partir de estas disposiciones ya es posible identificar una acción que busca restablecer derechos subjetivos, otra que persigue la indemnización por daños causados por hechos u omisiones administrativas, determinación que revela la evolución del medio de control a partir del concepto de acción privada hacia otros dos separables, uno que tiene efectos restitutorios como consecuencia de la anulación de actos administrativos y otro indemnizatorio sin la necesidad de anulación de algún acto. En lo relativo a este aspecto, la exposición de motivos puso de presente la necesidad de replantar los medios de impugnación de los actos administrativos para evolucionar de los conceptos de las acciones pública, privada y mixta, esta última de desarrollo jurisprudencial, para dar paso a otras que resultaran más adecuadas para el sistema jurídico y normativo colombiano.

Del mismo modo, se dio un nuevo modelo de control de legalidad de los actos administrativos que incluyera la competencia del Consejo de Estado para juzgar los vicios por inconstitucionalidad que hasta ese momento tenía atribuida la Corte Suprema de Justicia, la posibilidad de juzgar los reglamentos de los gobernadores además de otros actos que

debieran ser ejecutados por los alcaldes y otros funcionarios, y ubicó su legitimación en todas las personas.

*3.1.2.4. Código Contencioso Administrativo – Decreto Ley 01 de 1984:*

Posteriormente, en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por el artículo 11 de la Ley 58 de 1982, se expidió el Decreto Ley 01 de 1984 “por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo” en el cual se introdujo la acción de restablecimiento del derecho (art. 85), con los siguientes ingredientes normativos:

**ARTICULO 85. ACCIÓN DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.** Toda persona que se crea lesionada en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica, podrá pedir que, además de la anulación del acto administrativo, se le restablezca en su derecho, o se le repare el daño.

La misma acción tendrá quien, además, pretenda que se le modifique una obligación fiscal, (o de otra clase), o la devolución de lo que pagó indebidamente. (aparte entre paréntesis declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 16 de agosto de 1984)

Se advierte del precepto en cuestión que en esta oportunidad se concedía, alternativamente, la posibilidad del restablecimiento del derecho o la reparación del daño, con lo cual se hace evidente el carácter excluyente de ambos conceptos. No obstante, la norma transcrita fue subrogada por el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989, así:

**Artículo 85. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.** Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una Obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente.

En este artículo ya no es alternativa la relación entre el restablecimiento del derecho y la indemnización del daño sino complementaria. Precisamente, los antecedentes del Código Contencioso Administrativo explican que el proceso subjetivo de anulación el interés para el demandante es “indudablemente, el restablecimiento del derecho subjetivo lesionado, por lo que el conflicto de interés no es tan distinto al sometido a los juicios ordinarios”, mientras que en los procesos indemnizatorios y en los contractuales el único interés es el patrimonial (Antecedentes del Código Contencioso Tomo I, p. 554).

Otro aspecto a resaltar es el hecho de que no fue sino hasta la segunda versión del proyecto presentada el 12 de diciembre de 1986 que el medio de control bajo estudio pasó a denominarse acción de restablecimiento del derecho (art. 60) y así continuó identificándose en adelante (Tomo II, p. 785), además de que se hizo alusión al proceso de lesividad, como aquel que tenía la administración para demandar el restablecimiento del derecho respecto de actos que hubieran creado situaciones particulares, sin embargo, en este particular anotó “Cuando se tratare de actos que impongan al tesoro público la obligación de cubrir suma periódica de dinero, la acción podrá instaurarse en cualquier tiempo; pero para efectos de restablecimiento deberá tomarse en cuenta la prescripción de las sumas pagadas con anterioridad” (pág. 1148).

En lo referente a los efectos de las sentencias de nulidad, dicho compendio prescribió:

ARTÍCULO 175. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes.

La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes, pero sólo en relación con la causa petendi juzgada.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del

derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios.

Claramente, tratándose de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es viable la condena al pago de sumas dinerarias a título restitutorio y no necesariamente implica una indemnización, ello es así, precisamente por los efectos de la declaración de nulidad del acto impugnado en sede judicial.

*3.1.2.5. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- Ley 1437 de 2011:* Más recientemente, fue expedida la Ley 1437 de 2011 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” con el ánimo de responder a los cambios estructurales a la administración pública introducidos en el ámbito nacional a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, teniendo en cuenta que esta rama de derecho debe propender por la protección de los derechos de las personas y la consecución de los fines del Estado. En lo que es objeto de estudio, se concibió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138) precisando, al igual que su antecesor, la posibilidad de pretender el restablecimiento del derecho y la reparación del daño, al señalar:

Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

Dentro de las consideraciones de los miembros de la Comisión de Reforma se exalta la medida de adoptar un único medio de control, a través del cual es viable la formulación de cuantas pretensiones se autoricen con lo cual se desplazaron las diferentes acciones que recibían su nombre a partir de la pretensión (Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, p. 293). En lo relevante al de restablecimiento del derecho, se consideró como aspecto innovador, introducir expresamente la posibilidad de su formulación frente a actos administrativos de contenido general.

Es necesario tener presente que esta normativa trajo elementos adicionales sobre los efectos de la sentencia de nulidad y sobre la noción del restablecimiento del derecho más allá de los relacionados en el artículo 189 que, por demás, a saber:

Artículo 189. Efectos de la sentencia. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes, pero solo en relación con la causa petendi juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen. Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente sus decretos reglamentarios.

Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada (constitucional). Sin embargo, el juez podrá disponer unos

efectos diferentes. (NOTA: Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-400 de 2013 salvo la expresión "constitucional", que se declaró INEXEQUIBLE.)

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes.

La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor.

Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley.

En los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad demandada, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia que resuelva definitivamente el proceso, cuando resulte imposible cumplir la orden de reintegro del demandante al cargo del cual fue desvinculado porque la entidad desapareció o porque el cargo fue suprimido y no existe en la entidad un cargo de la misma naturaleza y categoría del que desempeñaba en el momento de la desvinculación, podrá solicitar al juez de primera instancia la fijación de una indemnización compensatoria.

De la solicitud se correrá traslado al demandante por el término de diez (10) días, término durante el cual podrá oponerse y pedir pruebas o aceptar la suma estimada por la parte demandada al presentar la solicitud. En todo caso, la suma se fijará teniendo en cuenta los parámetros de la legislación laboral para el despido injusto y el auto que la señale solo será susceptible de recurso de reposición.

En el inciso 7 se refirió, especialmente, a la orden de reintegro como parte del restablecimiento del derecho para condicionarla a que esta debe ser posible jurídicamente en virtud de la existencia del cargo y solo por excepción se consagró la posibilidad de una indemnización compensatoria, sin plantear los criterios con base en cuales corresponda su liquidación, circunstancia que bien puede admitir que se calcule con base en los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta que desapareció la posibilidad de reintegro.

3.1.2.6. *Determinación de regla aplicable sobre los efectos de las sentencias de nulidad:* De existir alguna duda sobre la regla general de efectos ex tunc de las sentencias de nulidad, deben disiparse con el hecho de que sea la misma ley la que contenga las excepciones a aquella, para conceder efectos hacia el futuro de las decisiones en cuestión. Ellas son:

Artículo 24 de la Ley 35 de 1993: Según el cual “La anulación de los actos administrativos unilaterales que permiten determinadas operaciones a quienes manejan, aprovechan o invierten recursos captados del público; o que les ordenan variar el monto del capital, del patrimonio, de los activos o de los pasivos, o el valor de sus acciones o bonos; o en virtud de los cuales las entidades públicas hayan adquirido derechos en la administración o en el patrimonio de aquellas instituciones, u obligaciones por sus actos, sólo producirá efectos a partir de la ejecutoria de la sentencia que la declare. Pero en estos y en casos similares, si la sentencia que anula el acto administrativo ordena el restablecimiento del derecho lesionado o la reparación del daño, ello se hará en dinero, en cuanto sea necesario para no perjudicar a quienes hayan obrado de buena fe.

Artículo 38 de la Ley 142 de 1994: “Efectos de nulidad sobre actos y contratos relacionados con servicios públicos. La anulación judicial de un acto administrativo relacionado con servicios públicos solo producirá efectos hacia el futuro. Si al declararse la nulidad se ordena el restablecimiento del derecho o la reparación del daño, ello se hará en dinero si es necesario, para no perjudicar la prestación del servicio al público ni los actos o contratos celebrados de buena fe.”

Artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, que, en relación con la nulidad del registro único de proponentes, dispuso “En firme la inscripción, cualquier persona podrá demandar su nulidad en desarrollo de la acción prevista en el Código Contencioso Administrativo. Para el efecto será competente el Juez de lo Contencioso Administrativo en única instancia. La presentación de la demanda no suspenderá la inscripción, ni será causal de suspensión de los procesos de selección en curso en los que el proponente sea parte. El proceso se tramitará por el procedimiento ordinario a que se refiere el Código Contencioso Administrativo. Adoptada la decisión, la misma sólo tendrá efectos hacia el futuro.

Y el ya mencionado artículo 189 de la Ley 1437 de 2011, en relación con las sentencias de nulidad por inconstitucionalidad.



Con todo lo dicho, podría afirmarse que no existe en realidad un vacío normativo en relación con los efectos de las sentencias de nulidad, pues como se dijo, la regla general de retroactividad deviene de los orígenes civilistas en la concepción de la normativa contencioso-administrativa. Cosa distinta es que, ante la evolución de estas instituciones, se haya puesto en evidencia la independencia del derecho administrativo frente al civil, llevando a nuevas discusiones en relación con la necesidad de evaluar otras posibilidades que se ajusten de mejor manera a las características propias del acto administrativo, respecto de las que presenta el negocio jurídico, en atención a que sus características los acercan más a la condición de normas jurídicas.

Así, el Consejo de Estado, ha optado por darle a sus decisiones de nulidad efectos distintos, en atención a los siguientes aspectos:

- El principio de seguridad jurídica: especialmente en lo que respecta a las situaciones consolidadas, entendidas como aquellas que ya no son susceptibles de discusión ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las cuales deben permanecer. Tal carácter no lo revisten aquellas situaciones originadas a partir de los actos de contenido particular y concreto expedidos con fundamento en otros de contenido general y abstracto que han sido demandados dando cumplimiento a todos los presupuestos de la acción, de manera que su legalidad pueda ser controvertida ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Ejemplo de tales decisiones se puede ubicar en casos en los que se han originado derechos prestacionales en virtud de actos administrativos que posteriormente han sido declarados nulos, en las sentencias del 2 de mayo de 2013, radicación: 110010325000200600137 00 (2118-2006), y del 24 de julio de 2008, radicación: 250002325000200210602 01(2024-2006).

- Razones de interés general o de conveniencia que según la ponderación que efectúe el juez, cuando tal medida resulte más adecuada para preservar mandatos superiores, como se evaluó en la sentencia del 23 de marzo de 2017, radicación número: 11001-03-25-000-2016-00019-00(0034-16), en la que evaluó los efectos de la decisión de la declaración de nulidad del Decreto 2552 de 30 de diciembre de 2015, por medio del cual se fijó el salario mínimo para el año 2016, para señalar que, ante el vacío advertido en relación con una norma que definiera claramente la temporalidad de tales decisiones, que los efectos de nulidad, especialmente dentro del medio de control de simple nulidad, debía

tener como parámetro los mismos que contempla el artículo 189, inciso tercero, del CPACA, tratándose de la nulidad por inconstitucionalidad, en aplicación de un criterio analógico.

No obstante, es innegable que es el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, el encargado de definir modificaciones al concepto bajo estudio, pues aquella es una atribución de reserva legal, según lo dispuesto en el artículo 150 de la Constitución Política, en cuanto decreta: "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: //1. Interpretar, reformar y derogar las leyes. // 2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.". Empero, este órgano no se ha ocupado de conceder al juez contencioso administrativo facultades en relación con la modulación de los efectos de sus providencias de manera genera, pues solo lo ha previsto de forma excepcional.

En ese orden, al margen de los pronunciamientos de las Altas Cortes, admitir que el pago de las sumas de dinero como consecuencia de la anulación de actos administrativos de retiro solamente es viable a título indemnizatorio, desnaturaliza el medio de control de restablecimiento del derecho y deja sin contenido la restitución económica a la que hay lugar en esta clase de litigios, impidiendo el acceso a la tutela judicial efectiva, en los términos del artículo 25 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos “Pacto de San José”, que prescribe:

(...) Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. (...)

De los preceptos analizados, surge, fehacientemente, que las sumas que se ordena pagar como consecuencia de la anulación de los actos de retiro de servidores públicos son a título restitutorio de manera general, y solo indemnizatorio por excepción legal. Tal entendimiento es coherente con la orden de reintegro sin solución de continuidad para todos los efectos laborales, lo cual supone, del mismo modo, que ello tiene implicaciones prestacionales, tales como el pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social, cuya naturaleza excede el concepto de una simple indemnización que se causa los daños generados por un acto ilegal.

### **3.2. La compatibilidad de entre la asignación de retiro y otras asignaciones del Tesoro Público**

El artículo 128 de la Constitución Política establece la prohibición de desempeñar simultáneamente más de un empleo público, así como de recibir más de una asignación que provenga del tesoro, al señalar: “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

Sin embargo, dejó a cargo del legislador establecer las excepciones a dicha restricción, con base en lo cual, la Ley 4ª de 1992, “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo

150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.”, en el artículo 19, implantó algunas de ellas, incluyendo “b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública”, que se repitió en las normas que regularon el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, esto es, el Decreto 1211 del 8 de junio de 1990, artículo 175, Decreto 1212 del 8 de junio de 1990, artículo 156 y en normas posteriores como el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 que fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, y que prevé:

(...) Artículo 36. Compatibilidad de la asignación de retiro y pensiones. Las asignaciones de retiro y pensiones previstas en el presente decreto son compatibles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos, incluidos los correspondientes a la actividad militar o policial, por movilización o llamamiento colectivo al servicio y con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades de derecho público.

Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto son incompatibles entre sí y no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público, pero el interesado puede optar por la más favorable (...)

Empero, las asignaciones que se reciban en servicio activo, sí están afectadas por la prohibición de que trata el artículo 128 *ibidem*, pues basta con observar la preceptiva contenida en el párrafo del artículo 27 del Decreto 1213 del 8 de junio de 1990, por el cual se reformó el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional, donde establece “[...] ningún Agente de la Policía Nacional podrá recibir, por razón del desempeño de sus funciones, sueldos, primas, bonificaciones o cualquier otra clase de remuneraciones de entidades oficiales del orden nacional, departamental o municipal”, previsión reproducida en el Decreto 1212 de 1990, artículo 65.

Ahora bien, la Corte Constitucional en la sentencia C 432 de 2004, por medio de la cual declaró inexequibles el Decreto Ley 2070 de 2003 “por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional” y el numeral 3 del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, se refirió a la excepción de la prohibición de recibir doble asignación del tesoro público, para señalar los siguiente:

(...) Por otra parte, la doctrina viviente a partir de la interpretación sistemática de los Decretos-Leyes 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, ha reconocido la ***incompatibilidad*** de la asignación de retiro y de las otras pensiones militares, como prestaciones fundamentales del *régimen especial* de los miembros de la fuerza pública.

Dicha incompatibilidad se origina en la prohibición constitucional de conceder más de una asignación que provenga del tesoro público, cuya causa o fuente de reconocimiento sea la misma, es decir, en este caso, la prestación del servicio militar durante largos períodos de tiempo. Por ello, no es cierto como lo sostiene la accionante que se trate de un beneficio adicional desproporcionado e irracional. Por el contrario, se trata de una prestación susceptible de reconocimiento por el retiro del servicio activo (al igual que la pensión de vejez) y que, por su propia naturaleza, es incompatible con otras pensiones militares. Lo anterior, no es óbice para que se reconozcan pensiones de jubilación e invalidez provenientes de otras entidades de derecho público, siempre que se causen en diferente tiempo, provengan de distinta causa y tengan un objeto no asimilable (...).

La Sala Plena hace suyos los planteamientos de la doctrina más autorizada sobre la materia, la cual ha sostenido que:

“(...) 1.3 Compatibilidad de la asignación de retiro. Estableció el legislador extraordinario la compatibilidad de las asignaciones de retiro y pensiones militares con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos y con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades de derecho público. Los incisos 1° y 3° del artículo 175 del decreto 1211 de 1.990, señalan:

“Las asignaciones de retiro y pensiones militares se pagarán por mensualidades vencidas durante la vida del agraciado y son compatibles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos, incluidos los correspondientes a la actividad militar por movilización o llamamiento

colectivo al servicio.  
(...)

Las asignaciones de retiro y las pensiones militares son compatibles con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades del derecho público”.

Dicha compatibilidad constituye una excepción a la prohibición contenida en el artículo 128 de la Carta Política, según la cual ‘nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley’. Y dentro de las asignaciones exceptuadas de tal prohibición, la ley 4ª de 1.992, señala:

b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública” (art. 19).

A contrario sensu, no son compatibles entre sí las prestaciones causadas por servicios militares, tal es el caso de las asignaciones de retiro y las pensiones militares, las cuales tampoco son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público; son igualmente incompatibles con las pensiones de invalidez o de retiro por vejez, pudiendo el interesado optar por la más favorable (art. 175, inc. 2º).

Al estudiar la tacha de inconstitucionalidad del inciso segundo citado, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 134 de 1.991, expresó:

“Se trata de una cuestión laboral de prestaciones sociales, que como antes se ha dicho, está deferida al legislador.

Esta misma competencia tiene su arraigo en el artículo 64 de la C.N. 1.886 (hoy, artículo 128 C.N. (1.991), con la posibilidad de que sea el legislador quien establezca excepciones, cual es cabalmente la consagrada en el mismo artículo 175 que hace compatible la asignación de retiro o la pensión de jubilación con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos (inciso 1º).”

El alcance de la compatibilidad de las asignaciones de retiro y las pensiones militares con pensiones de jubilación o de invalidez de entidades de derecho público, implica que se causen con tiempos diferentes de servicio, pues, no es posible con un mismo tiempo obtener dos prestaciones que tienen idéntica causa y objeto. Tal sería el caso de acumular los 15 años de servicio mínimo para tener derecho a la asignación de retiro, con cinco años de servicio en una

entidad de derecho público para optar por la pensión de jubilación; si el beneficiario pretende hacer valer el tiempo servido como militar deberá sustituir la asignación de retiro o la pensión militar por la pensión de jubilación de la entidad oficial.

Así lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en fallos de 18 de agosto de 1.977, radicación 1831; 25 de abril de 1.991, radicación 979, 20 de mayo de 1.991, radicación 1211 y 27 de noviembre de 1.995, radicación 7253 (...)"

Conforme a lo anterior, no existe duda alguna en relación con la naturaleza prestacional de la asignación de retiro. Adicionalmente, es indiscutible que dicha prestación cumple un fin constitucional determinado, pues conforme a lo expuesto, tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.»

De acuerdo con lo expuesto se concluye que la asignación de retiro es compatible, con las siguientes asignaciones:

- Salarios por el desempeño de otros empleos públicos posteriores al retiro.
- Asignaciones provenientes de actividad militar o policial por movilización o llamamiento colectivo al servicio.
- Pensión de jubilación e invalidez, provenientes de otras entidades del derecho público.

Así mismo, se puede afirmar que no es compatible con pensiones de invalidez o retiro por vejez, que se causen con ocasión de su servicio en la respectiva institución. En todo caso, la compatibilidad de la asignación de retiro con otros emolumentos de origen público depende de que no se causen con base en un mismo tiempo de servicios, pues se reitera, “no es posible con un mismo tiempo obtener dos prestaciones que tienen idéntica causa y objeto.

Entonces, en esta clase de asuntos, debe tenerse en cuenta que el acto que dispuso el retiro del miembro de la Fuerza, cuya legalidad se demandó, también propició el

reconocimiento de la asignación de retiro. Así pues, como quiera que los efectos de la nulidad de aquel implican retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban antes de su expedición, se considera que el mismo tiempo que fue remunerado con la asignación de retiro, será compensado nuevamente con la suma que a título de indemnización se le pague, tasado en el equivalente a todos los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo que estuvo separado del servicio, con lo cual sí se genera incompatibilidad, no obstante, hay que tener en cuenta lo antes establecido y es el hecho de que no hay lugar a ordenar el reintegro de las mesadas pagadas de buena fe, como se verá más adelante.

### **3.3. Efectos de la nulidad de actos de contenido prestacional. Devolución de mesadas recibidas de buena fe**

En primer lugar, es necesario conceptualizar qué debe entenderse por el principio de buena fe, para lo cual debe atenderse el artículo 768 del Código Civil, que a letra prescribe:

(...) La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio”.

Así, en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

Un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe.

Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario (...).



A su vez, el artículo 769 *ibidem* contempla como regla general la presunción de la buena fe, salvo los casos en los que la ley disponga lo contrario, de no ser así la mala fe es objeto de prueba.

Por su parte, la Constitución Política, en el artículo 83 estableció: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. Así fue como elevó a rango constitucional el principio de buena fe, otorgándole un papel significativo en las relaciones de los particulares y el Estado.

Resulta oportuno poner de relieve la relación íntima que existe entre el principio de la buena fe y la confianza legítima y el respeto por el acto propio. En relación con el primero, la Corte Constitucional aclaró su contenido en la sentencia C 478 de 1998, del siguiente modo:

[...]Este principio pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. [...]

Por su parte, el respeto por el acto propio tiene la categoría de principio general no es admisible actuar con desconocimiento de los actos ejecutados con anterioridad, dado que con aquella generó la confianza en un tercero, así concretó su contenido el Consejo de Estado, en la sentencia de la Sección Tercera del 4 de marzo de 2008, radicación: 25000-23-26-000-1999-02724-01(31120), al exponer:

[...] les están vedadas –salvo en los casos y previa satisfacción de las exigencias y cargas a las cuales se hará referencia más adelante– actuaciones que desconozcan la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*; desde este punto de vista, el derecho de acceso a la administración de justicia implica también la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia [...]

Es conveniente tener en cuenta, que el Código General del Proceso, en el artículo 79, se refiere a los casos en los cuales se presume la mala fe dentro del proceso, ellos son:

- ✓ Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.

- ✓ Cuando se aduzcan calidades inexistentes.

- ✓ Cuando se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.

- ✓ Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas.

- ✓ Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso.

- ✓ Cuando se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas.

Con todo, si bien lo anterior se predica en sede judicial, en el campo administrativo se presenta cuando, por ejemplo, se obtiene el reconocimiento de prestaciones periódicas a través de medios fraudulentos, situación que ha sido expuesta por la Sección Segunda del Consejo de Estado, entre otras, en la sentencia del 10 de mayo de 2018, radicación: 20001-23-33-000-2014-00038-01(3069-16), actor: UGPP, en la que se encontró desvirtuada la buena fe del beneficiario de una pensión, quien acudió a una certificación que no contenía información verídica.

A su vez, el Código Contencioso Administrativo, en el artículo 136 que se refiere al término de caducidad de las acciones, disponía que los actos que reconozcan prestaciones

periódicas podrían ser demandados en cualquier tiempo pero no habría lugar a obtener la devolución de las mesadas recibidas de buena fe, previsión que se reprodujo en el artículo 164, ordinal 1 literal c.) de la Ley 1437 de 2011, motivo por el cual ordenar el reintegro de lo recibido por concepto de asignación de retiro sin que se desvirtúe la buena fe, aunque se anule el acto administrativo que las reconoció, desconoce este desarrollo legal del aludido principio constitucional.

En aplicación de este principio, el Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples ocasiones en casos en los cuales se ha despachado desfavorablemente la petición de reintegro de lo pagado a favor de particulares beneficiarios de buena fe, tal y como se observa, entre otras, en la sentencia de la Sección Segunda, Subsección B, proferida el 7 de octubre de 2010, radicación: 25000-23-25-000-2007-90244-01(0659-08), actor: Rafael Torres Ortega, providencia en la que se resolvió un caso en el que un pensionado demandó los actos proferidos por el SENA, en los cuales declaró la pérdida de fuerza ejecutoria del acto por medio del cual le reconoció una pensión y le ordenó la restitución de las sumas pagadas en exceso a lo que le correspondía. En dicha oportunidad declaró la nulidad del acto que determinaba el reintegro de sumas, por haber sido recibidas de buena fe.

En esas condiciones, a partir de la presunción de la buena fe no hay lugar al reintegro de prestaciones recibidas de buena fe, ni siquiera cuando su pago tiene origen en el error de la administración que conlleve al reconocimiento de prestaciones periódicas.

Como consecuencia de lo anterior, se sostiene que para que la administración pueda lograr la devolución de mesadas, debe desvirtuar inequívocamente la buena fe con que la recibió el beneficiario de la prestación cuyo reconocimiento se controvierte.

De esta manera y en lo relevante al particular, el ordenar el descuento de sumas recibidas por concepto de asignación de retiro que han sido pagadas en virtud de un acto

administrativo de reconocimiento de la prestación cuya legalidad no fue objeto de discusión en el proceso ordinario, pues claramente su punto de discusión fue el de la legalidad del acto de retiro, resulta contrario al mandato aludido. En todo caso, aunque se declarara la nulidad del acto de reconocimiento de dicha prestación, no habría lugar a la devolución de mesadas.

### **3.4. La jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho en Colombia**

Para el objeto del presente trabajo es importante resaltar la función de la jurisprudencia como fuente del derecho en Colombia, como una de las diferentes formas de producción normativa, “al margen de que contengan mandatos generales y abstractos o simples decisiones singulares” (Sanchis, 2011, pág. 115).

En este sentido, se puede afirmar que el sistema jurídico Colombiano ha pasado por una transformación significativa, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, pese al canon contenido en el artículo 230, en virtud del cual la actividad judicial está sometida al imperio de la ley y la jurisprudencia es uno de los criterios auxiliares de ella, pues dada la trascendencia de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en su papel de guardiana de la Carta, la Ley Estatutaria de Justicia le adjudicó el poder vinculante necesario para que sus providencias sean de obligatorio cumplimiento, en los términos descritos por la Ley 270 de 1996 artículo 48, que a la letra dice:

**ARTICULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL.** Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de

obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.

Evidentemente, tales previsiones significaron un cambio para el sistema de fuentes en Colombia, dado que esta materia se encontraba enmarcada en disposiciones normativas tales como la contenida en el artículo 4.º de la Ley 169 de 1896, según el cual:

Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrían aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, 2013).

Fue así como la Corte Constitucional, en la sentencia C-836 de 2001, al analizar la constitucionalidad de la preceptiva mencionada, la declaró exequible, pero lo condicionó a que, para la variación de tal doctrina probable, los jueces de la jurisdicción ordinaria, incluso la Corte Suprema de Justicia, debían exponer los fundamentos jurídicos que llevan a su decisión, de manera clara y razonada.

La discusión sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia ha “sido objeto de estudio por la doctrina, misma que ha admitido su valor e incluso ha defendido una tesis optimista en relación con la preceptiva anteriormente mencionada, contenida en el artículo 230 Constitucional, para explicar el concepto de “criterio auxiliar”” (Bernal, 2007, pág. 196) desde una perspectiva constitucionalmente válida, preservando la posibilidad de inaplicar el

precedente cuando el caso así lo amerite (*distuguish*) así como el cambio de precedente (*overruling*).

A partir de la expedición de la Ley 1437 de 2011 se ha hecho más notoria la trascendencia de las sentencias de unificación en el sistema de fuentes del derecho en Colombia, tanto así que lo ha modificado a partir del contenido de los artículos 10, 102, 258, 269 y 273 de la citada norma. En efecto, el carácter vinculante de dichas providencias que le ha concedido el legislador ha tenido que ser reconocido en el medio judicial, así lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-634 de 2011, al precisar:

(...) 11. El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante (...) (Corte Constitucional Sentencia C - 634, 2011).

Tal carácter deviene del papel activo que la ley ha definido conceder al juez de lo contencioso administrativo y especialmente al Consejo de Estado, como órgano de cierre, imprime un mayor énfasis en la necesidad de adelantar una labor interpretativa, entendida, en palabras de Sanchis (2011, pág. 115), como la atribución de significado a una disposición normativa. Y es que la carga argumentativa que se le ha impuesto al funcionario judicial le imprime cierto nivel de confianza en las razones que inspiran su decisión, característica que distingue a la jurisprudencia de las demás fuentes del derecho.

Así fue como el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, al señalar el objeto y los principios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo deja claro que su finalidad es la efectividad de los derechos concedidos por la Constitución Política y la ley y dentro de esa labor, exalta el deber de argumentación y motivación de las providencias que impliquen un cambio de jurisprudencia.

Corolario de lo expuesto, el Consejo de Estado se refirió a los efectos normativos de sus sentencias de unificación dado que de ellas se desprende su aplicación obligatoria y vinculante, tal y como se aprecia en la sentencia del 12 de abril de 2018, radicación: 810012333000201400012 01 (1321-2015) CE-SUJ-SII-010-2018, al señalar: “estas decisiones se constituyen en norma nueva que pasa a integrar el ordenamiento jurídico, ya que se ocupa de la interpretación de la ley formalmente considerada con miras a su aplicación obligatoria o vinculante. Así las cosas, la función de expedirlas y sus efectos legales, se convierten en su propia *regla de reconocimiento*.”

Es tal la fuerza normativa de las sentencias de unificación que sirven de base para el trámite de la extensión de los efectos de las sentencias de unificación, concebido como un trámite expedito que permite dar solución a los asuntos que presenten identidad fáctica con una sentencia de unificación, en aplicación a la regla allí planteada, figura exclusiva de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

De todo lo expuesto, queda claro que la jurisprudencia ha quedado incluida dentro del sistema de las fuentes del derecho en Colombia, especialmente, en materia contencioso-administrativa, las cuales a continuación se exponen con referencia al tema objeto de estudio, con lo cual queda superado “el tradicionalismo de fuentes” (López, 2006, pág. 267) orientado por la óptica formalista que auspicia el entendimiento de que sean los mismos enunciados

normativos los que señalan que la jurisprudencia, especialmente de las Altas Cortes, debe ser tenido dentro del sistema de fuentes.

### **3.5. Principios que orientan el derecho laboral**

De todo lo anotado en precedencia, es evidente que en los pronunciamientos judiciales tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional no han siquiera considerado que, en materia laboral, se deben atender unos principios superiores que orientan la exégesis de las fuentes del derecho en esta materia.

En efecto, y solo para señalar algún aspecto, en el debate en el que se ha discutido si se trata de una indemnización o de un verdadero restablecimiento del derecho, no se advierte que en la interpretación sobre el carácter de la condena económica alguno se haya ocupado de atender el contenido del artículo 53 de la Constitución Política cuando ordena que se debe tener en cuenta la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”, aun en el nuevo contexto normativo que anteriormente se expuso, en el que las providencias de los Altos Tribunales ya forman parte del sistema colombiano de fuentes del derecho.

Sobre este aspecto, se identificarán más adelante algunos de estos mandatos superiores que deben orientar la interpretación de los preceptos normativos, y que en, según lo sostenido por la doctrina (Alexy, 1986, pág. 26), se presentan como “mandatos de optimización” que no pueden ser ajenos a la jurisprudencia.



## **Capítulo 4**

### **4. Criterios que debe observar el juez de lo contencioso administrativo al imponer la condena de contenido económico cuando anule el acto de retiro de un miembro de la Fuerza Pública fundado en la discrecionalidad**

Para efectos de precisar cuáles son los criterios que deben observarse en el contexto normativo actual para imponer una condena como consecuencia de la anulación del acto de retiro del miembro de la Fuerza Pública ilegalmente retirado del servicio, es menester, precisar cuáles son esos principios que orientan el derecho laboral y su contenido, para analizar la respuesta al problema de investigación que más se ajuste a estos parámetros. Ellos son los principios de progresividad, protectorio y favorabilidad.

#### **4.1. El principio de progresividad**

Garantizar la sostenibilidad financiera exige el deber de integrar a la administración todos los elementos y atributos que le ayuden de forma constante a garantizar el derecho de los servidores públicos a un trato digno frente al retiro forzado y las condiciones de inequidad que de tal situación se deriva que lo hace financieramente insostenible, estableciendo la estructura y los parámetros que se sincronicen con el fin, bajo la óptica vinculante de progresividad.

De modo tal, que existe una clara necesidad de que taxativamente la “sostenibilidad fiscal” tenga un carácter constitucional. “Incorporar a la Constitución Política el principio de

sostenibilidad fiscal, así como el deber de las ramas y órganos del Estado de protegerlo, y como consecuencia contribuir a la continuidad y a la progresividad de los derechos económico, sociales y culturales” (Duque, 2011, pág. 53). Lo anterior, haciendo énfasis que la sostenibilidad fiscal es esencial para garantizar la prestación de los derechos económicos, sociales y culturales como parte esencial del Estado Social de Derecho, y a su vez contribuye a “la progresividad en la atención del conjunto de los derechos, teniendo como marco la disponibilidad de recursos destinados para ello” (Zuluaga, 2011, pág. 7).

Desde este punto de vista la seguridad social se consolida como un servicio público esencial, que busca responder a los principios y fines del Estado Social de Derecho que para su materialización es requerida la acción de las entidades estatales y, que de “encontrarse en conexión directa con un derecho fundamental, es probable, previo requisitos de procedibilidad, ser amparado por vía de tutela tanto en obligaciones positivas como negativas” (Duque, 2011, pág. 66).

El concepto de transformación de las obligaciones positivas o negativas van de la mano con el principio de progresividad y su cambio a derecho subjetivo, en virtud de las normas políticas que emergen en torno al tema. De modo tal, que el principio de progresividad implica una prohibición al legislador de establecer medidas regresivas frente a los derechos alcanzados en el marco de los fines esenciales del Estado Social de Derecho.

El principio de progresividad y su importancia con las sumas dejadas de percibir por retiro forzado de los miembros de la fuerza pública, se ampara en un marco normativo que permite dirimir la tensión con el principio de sostenibilidad financiera recientemente incorporado a la Constitución Nacional. De esta forma, en el derecho internacional contemporáneo, más exactamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) define la progresividad como:

Artículo 26. Desarrollo Progresivo: El compromiso de los Estados partes en adoptar providencias tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados (Organización de los Estados Americanos [OEA], 1969).

Por su parte, el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) ha establecido que:

(...) 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (...) (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1966).

Con lo anterior, se reconoce que actualmente el principio de progresividad goza de un fundamento normativo integral derivado de diferentes normas del derecho internacional, teniendo en cuenta, que, en un principio, el constituyente le brindó al legislador un amplio margen de discrecionalidad configurativa, para regular la satisfacción de este derecho económico que en el artículo 48 de la Constitución Política indica:

La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines

diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

En suma, en términos de la Constitución la progresividad significa la ampliación de la cobertura, de los diferentes regímenes laborales, en pro de analizar de forma más sucinta la imperfección del mercado laboral colombiano.

#### **4.2. Principio protectorio**

El protector o protectorio se constituye en el distintivo del derecho del trabajo, pues es en esta área, la experiencia ha dejado claro que no existe igualdad entre los extremos de la relación laboral, y por ello surgió la necesidad de proteger al extremo más vulnerable en la relación laboral, esto es, al trabajador. De esta manera, surgió el principio protector que propende por una discriminación positiva en favor del servidor para equipararlo con la parte que se encuentra en el otro extremo de la relación, el empleador (Consejo de Estado SUJ-SII-010-2018).

Precisamente, para señalar la trascendencia de este principio, la doctrina resaltó que contrario a la relación de desigualdad anotada, en el derecho civil “se predica igualdad de las partes y no discriminación” (Plá, 1990, pág. 23) y por ello se convierte en fundante y razón de ser misma del derecho laboral; que se manifiesta, a su vez, en otros principios como lo son, el de favorabilidad, el *in dubio pro operario*, la condición más beneficiosa y la primacía de la realidad sobre las formas (Consejo de Estado, SUJ-SII-009-2018), los cuales pueden aparecer más evidentes dado que están contenidos de manera expresa en el ordenamiento jurídico, por ejemplo, en los artículos 53 de la Constitución Política y 9 del Código Sustantivo Laboral.

### 4.3. Principio de favorabilidad

La favorabilidad como principio del derecho laboral, se encuentra consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, que a la letra dispone:

El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

De la norma transcrita, se infiere que la duda en la aplicación de las normas, cuando se trate de asuntos relacionados con la materia laboral, deberá optarse por la que resulte más beneficiosa para el trabajador, pero ello en cuanto lógicamente posible y razonablemente aplicable al caso (Corte Constitucional, T 555 de 2000).

Ahora, tanto la doctrina (Barona, 2010, pág. 253) como la jurisprudencia (Corte Constitucional, C 168 de 1995) distinguieron la favorabilidad del *in dubio pro operario*, por cuanto este último encuentra aplicación cuando en un caso dado, existen varias interpretaciones posibles a una sola norma, caso en el cual también debe elegirse la más benévola para el extremo débil.

#### **4.4. Articulación de los principios y formulación de criterios de la condena**

De los temas abordados, se concluye que en lo relativo al reintegro de lo percibido por concepto de asignación de retiro, cuando como consecuencia de la nulidad del acto que ordenó el retiro y a título de restablecimiento del derecho, se ordena el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo que estuvo separado del servicio, *no se ha dado un criterio único*; pues aspectos tales como la discusión sobre el carácter indemnizatorio o de restablecimiento del derecho de la condena económica, han dado lugar a variaciones en la interpretación de las altas cortes.

Ahora, es evidente que cuando la jurisprudencia evolucionó del restablecimiento del derecho hacia la indemnización lo hizo dando un criterio más garantista, para efectos de no ordenar los descuentos por la incompatibilidad de asignaciones en aplicación del artículo 128 de la Constitución Política, tesis que atiende el principio de progresividad de los derechos de los trabajadores, para dar lugar a una posición más garante y benévola para los beneficiarios de dichas declaraciones.

Sin embargo, al limitar nuevamente tales condenas con descuentos aunque ya bajo otros conceptos, puede admitirse como una medida que busca amparar los recursos del Estado, frente al gran cúmulo de pagos por tal concepto, pero en este aspecto no puede dejarse de lado que lo que causa en gran medida el incremento de tales valores, es lo que tarda la jurisdicción de lo contencioso administrativo para resolver los casos puestos a su consideración, lo cual evidencia que se trata de una carga que los usuarios de la administración de justicia deben soportar, pese a que cumplieron con presentar la demanda dentro del término de caducidad de 4 meses, además del perjuicio que sufrieron por haber sido sujetos de actos ilegales.

En cuanto al concepto bajo el cual debe entenderse el pago que se genera como consecuencia de la anulación de actos de retiro, analizado el contexto histórico normativo del medio de control de nulidad con restablecimiento del derecho, se infiere que se trata de un verdadero restablecimiento del derecho, lo cual se armoniza con la orden de reintegro “sin solución de continuidad” que se desprende de aquella declaración, situación que no obsta para que también sea posible la reparación de otros daños causados por la decisión controvertida que resulten demostrados en el plenario. No admitirlo así, comporta el desconocimiento injustificado de la no solución de continuidad para todos los efectos laborales, lo cual se acompasa con los efectos restitutorios de las sentencias de nulidad.

Sobre este aspecto, el hecho de que la sentencia de nulidad tenga los efectos de generar una ficción en cuanto a la prestación de servicio, no impide el reconocimiento de las sumas que el servidor debió devengar durante la separación del servicio, pues es precisamente la finalidad del medio de control examinado. Para que ello fuera distinto, sería necesario replantear el contenido y la finalidad legal de la pretensión y el diseño del medio de control, pues no puede dejarse de lado que ya existe una acción indemnizatoria (reparación directa) cuya naturaleza resulta distinta a la nulidad con restablecimiento del derecho.

Surge igualmente en este particular contexto, que en apariencia se genera tensión entre los principios de buena fe consagrado en el artículo 83 superior y la incompatibilidad de asignaciones del Erario previsto en el artículo 128 de la Carta, con las excepciones que establezca la ley, la cual se puede esclarecer teniendo en cuenta que la primera se convierte en una limitante para la segunda, tal y como se deriva del contenido del Código Contencioso Administrativo y actualmente, la Ley 1437 de 2011, cuando disponen que no habrá lugar a obtener la devolución de mesadas recibidas de buena fe y con mayor razón si estos valores

fueron pagados con ocasión de un acto administrativo, que reconoció la asignación de retiro, cuya presunción de legalidad no ha sido desvirtuada.

En relación con el último aspecto, debe aclararse que el hecho de que se mantenga su presunción de legalidad no implica que deba reconocerse aunque sea reintegrado a la institución el servidor afectado por la decisión anulada, puesto que en ese caso, al presentarse el decaimiento de los fundamentos de hecho de la decisión, perderá su fuerza de ejecutoria, en los términos del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, por ende, cesará la obligación de pago y así no se incurriría en el doble pago luego del reintegro, en atención a que en tal caso sí se generaría la incompatibilidad de que trata el artículo 128 Constitucional.

Lo anterior, se armoniza con los principios que orientan el derecho laboral, materia que no puede dejarse de lado en el presente estudio, entre ellos, el protectorio, del cual se deriva la aplicación de los principios de progresividad, favorabilidad, *pro homine*, *in dubio pro operario*, entre otros que propenden por garantizar las mejores condiciones posibles para los trabajadores, los cuales no se deben atender en la interpretación de la naturaleza de las sumas de dinero que el juez ordenará pagar como consecuencia de la anulación del acto de retiro ilegal.

En efecto, el principio de progresividad y no regresividad busca que los logros de los trabajadores no puedan ser desconocidos ni desmejorados en sus condiciones. Así pues, no puede admitirse que la jurisprudencia esté exenta de su aplicación, por lo que desatenderlo implica el desconocimiento de valores superiores que orientan la aplicación de las fuentes formales del derecho laboral. De esta manera, al avanzar del restablecimiento del derecho a la indemnización, para permitir en un principio no ordenar descuentos, y después, retroceder nuevamente a limitar la indemnización con criterios temporales y materiales, es una clara omisión de este postulado.



De la misma forma, el *pro homine* y la favorabilidad, suponen que en caso de duda en la aplicación de las fuentes formales del derecho cuando existen varias interpretaciones posibles de una norma, optar por la que resulte más favorable al trabajador. En el asunto objeto de estudio, es claro que no existe un contenido normativo expreso que delimita la naturaleza jurídica que debe dársele a las sumas que la administración debe pagar a la persona separada del servicio público, por un acto administrativo declarado nulo, por lo que a la norma que consagra el medio de control debe imprimirse esta acepción. Otro aspecto que se debe atender es el hecho de que el asunto de los descuentos de lo devengado por concepto de asignación de retiro, pueden presentarse en varios escenarios, a saber:

a. Que la sentencia haya ordenado el descuento de lo devengado por asignación de retiro, en aplicación de los criterios jurisprudenciales antes analizados; caso en el cual se hace evidente la necesidad de sea la misma jurisprudencia la que formule las reglas tendientes a encauzar esta materia, atendiendo los parámetros puestos en evidencia a lo largo de la presente investigación.

b. Que la sentencia que declara la nulidad del acto de retiro por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de la Dirección de la Policía Nacional no contenga pronunciamiento en relación con los descuentos situación que propicia que la entidad, al dar cumplimiento de la orden, sea la que *motu proprio* expida el acto de cumplimiento ordenando la extinción de la asignación de retiro, como consecuencia del decaimiento de los fundamentos de hecho y de derecho que dieron lugar a su reconocimiento y el reintegro de las sumas devengadas en retiro.

En este evento, el acto de cumplimiento será susceptible de control de legalidad en cuanto excede lo ordenado por el juez de lo contencioso administrativo, y también se hace imperativo la unificación jurisprudencial propuesta en el ítem anterior.

## Conclusiones

Los presupuestos y criterios de las causales de retiro fundadas en la discrecionalidad, esto es, del llamamiento a calificar servicios y por voluntad del Gobierno o de la Dirección General están dados por la descripción objetiva que las normas que rigen la materia. Empero, aunque no se exija que en el acto mismo se exponga la motivación de la decisión, ello no puede entenderse como si aquella no existiera, pues en todo caso el ejercicio de dicha potestad está enmarcado en los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a saber:

El retiro por voluntad del Gobierno Nacional o del Director General de la Policía Nacional y el retiro discrecional de las Fuerzas Militares debe ser precedido por el concepto razonado de la junta de evaluación respectiva (asesora para los Oficiales y de clasificación para el resto del personal).

En las Fuerzas Militares deberá existir el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia. Al respecto la jurisprudencia constitucional estima que estos conceptos deben estar fundados en razones objetivas y hechos ciertos (SU 091 de 2016).

En cuanto al retiro por llamamiento a calificar servicios, el único presupuesto está dado por el cumplimiento del tiempo de servicio exigido para que el miembro de la Fuerza Pública sea acreedor a la asignación de retiro.

Las variables atendidas por las altas cortes en relación con el restablecimiento del derecho, para determinar que la condena económica derivada de los actos de retiro de servidores públicos son los siguientes:

- Incompatibilidad derivada del artículo 128 de la Constitución Política.

- La posibilidad del juez de señalar los efectos de la sentencia de nulidad.
- Si el carácter de la condena es de indemnización o de restablecimiento del derecho.
- Carácter temporal de las vinculaciones de los provisionales, aspecto que demuestra

la ausencia de un precedente jurisprudencial sobre el tema concreto objeto de estudio.

- Enriquecimiento sin causa y la carga que tienen las personas de asumir su auto-sostenimiento
- La reparación integral del daño.
- Evitar el pago de una indemnización excesiva.

De otra parte, se evidenció que la jurisprudencia no se ha ocupado de concluir una regla aplicable en el asunto objeto de estudio, lo cual resulta imperativo en la actualidad, pues los que hasta el momento se viene aplicando son subreglas derivadas de casos de retiro de nombramientos en provisionalidad, situaciones en las que no se han contemplado aspectos particulares, pero relevantes, en el tema de los descuentos por concepto de asignación de retiro, ellos son:

- Las consecuencias de la nulidad de los actos de retiro del servicio para efectos del correspondiente restablecimiento del derecho
- La compatibilidad de la asignación de retiro y otras asignaciones del Tesoro Público
- Las normas que decretan que no hay lugar a la devolución de las mesadas recibidas de buena fe
- La jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho en Colombia
- Los principios que orientan el derecho laboral, que se deben observar en la interpretación de las fuentes del derecho laboral.

Los anteriores puntos resultan relevantes para efecto de la determinación de la regla que en materia de restablecimiento del derecho se debe atender por parte del juez de lo contencioso administrativo.

Ciertamente, los efectos de las sentencias de nulidad en la actualidad tienen efectos *ex tunc*, como regla general, aspecto que tiene incidencia directa en el restablecimiento del derecho que se ordena en la acción subjetiva. Empero, si el legislador por razones de interés general considerase que las consecuencias de dicha declaración deben ser distintas y que su efecto no sea restitutorio sino indemnizatorio, por razones de interés general, es necesario introducir una modificación en la ley que las prevé, pues es el competente para definir lo relativo a los medios de control.

Otro punto relevante que debe concluirse es que, si bien la asignación de retiro presenta un rasgo distintivo de ser compatible con otras asignaciones provenientes del Erario, lo cierto es que ello no abarca la posibilidad de concomitancia con el desempeño del mismo cargo de dio lugar a ella. A pesar de lo anterior, el hecho de que hubieran sido sumas devengadas como consecuencia del acto administrativo de reconocimiento que conserva la presunción de legalidad y el contenido normativo actualmente contenido en el artículo 164 literal c) de la Ley 1437 de 2011, en relación con la no devolución de las “prestaciones pagadas a particulares de buena fe” se constituyen en un obstáculo para la orden de reintegro de tales emolumentos.

Además de los anteriores criterios, en la problemática abordada debe tenerse en cuenta que la connotación de fuente del derecho de la jurisprudencia, especialmente, en materia contencioso administrativa, implica que se atiendan los principios que inspiran el derecho laboral, entre ellos, los de progresividad, favorabilidad, protectorio y *pro homine*, de manera que debe extremarse la precaución en los casos en los que haya de unificar su posición

de manera que resulte regresiva a las condiciones de los trabajadores y observar el deber de cuidado frente al desconocimiento de la premisa de optar por la interpretación más favorable al servidor en este contexto.

De lo expuesto, la hipótesis planteada en un principio se comprobó parcialmente, en cuanto la condena económica tiene la naturaleza de restablecimiento del derecho y no de indemnización, sin embargo, se evidenció que no son procedentes los descuentos de lo devengado por concepto de asignación de retiro durante el tiempo que dure la separación del servicio, con fundamento en el principio de la buena fe. De manera que el criterio que se debe atender para ordenar el restablecimiento económico como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro se sintetiza en ordenar el pago de salarios y prestaciones durante todo el tiempo que permaneció en retiro el miembro de la Fuerza Pública, sin que hay lugar a disponer descuento por concepto alguno.

## **Recomendaciones**

A partir de todo lo anterior, se observa la necesidad de que el Consejo de Estado emita una sentencia de unificación, en la cual se determinen las reglas, que se constituyan en directrices para los jueces y Tribunales Administrativos de todo el país, para efectos de imponer la condena de contenido económico en los casos en los que se declare la nulidad de los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, fundados en las causales de llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno Nacional o la Dirección General.

Dicha sentencia de unificación del Consejo de Estado se podría dar, a partir de las siguientes reglas:

- ✓ La condena económica que surge como consecuencia de la anulación del acto de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, por llamamiento a calificar servicio o por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional y por la facultad discrecional de los militares, tiene el carácter de restablecimiento del derecho y su liquidación debe realizarse de acuerdo a la totalidad de salarios y prestaciones que dejó de recibir el servidor durante su separación del servicio.

- ✓ De las sumas que hayan de reconocerse conforme lo anterior, no son procedentes los descuentos de lo devengado por concepto de asignación de retiro durante el tiempo que duró la separación del servicio, salvo que se desvirtúe ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la presunción de legalidad de buena fe.

La formulación de las anteriores reglas, con el fin de que se constituyan en directrices para los jueces y tribunales administrativos de todo el país, para efectos de imponer la condena de contenido económico en los casos en los que se declare la nulidad de los actos de

retiro de los miembros de la Fuerza Pública, fundados en las causales que involucran el ejercicio de la discrecionalidad, tales como el llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno Nacional o la Dirección General.

## Referencias

- Bernal, P. (2007). *El derecho de los derechos* (2 ed.). Bogotá, D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Bolena, C. (2015). *Servidores Públicos del Estado con especial protección constitucional. Políticas de Prevención del Daño Antijurídico en relación con su retiro del servicio*. Bogotá, D.C.: Universidad del Rosario.
- Cerda, G. (2011). *Los elementos de la investigación. Cómo reconocerlos, diseñarlos y construirlos*. Bogotá, D.C: Magisterio.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. (23 de febrero de 2011a). Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. *Radicación número: 1700123310002003141202 (0734-10)*. Bogotá, D.C.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. (27 de enero de 2011b). Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. *Radicación número: 05001-23-31-000-2002-04725-01(1092-10)*. Bogotá, D.C.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. (5 de septiembre de 2012). Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón. *Radicación: 190012331000200400006 01*. Bogotá, D.C.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. (29 de febrero de 2016). Consejero ponete: Gerardo Arenas Monsalve. *Radicado No. 05001-23-33-000-2012-00285-01(3685-13)*. Bogotá, D.C.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". (3 de agosto de 2006). Consejero ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado. *Radicación número: 25000-23-25-000-2000-04814-01(0589-05)*. Bogotá, D.C.



Consejo de Estado Sala plena de lo Contencioso Administrativo. (28 de julio de 1996).

Consejero ponente: Carlos Arturo Orjuela Gongora. *Radicación número S - 638*.  
Bogotá, D.C.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (21 de junio de 2007). Consejera ponente: Ana Margarita Olaya Forero. *Radicación número: 23001-23-31-000-2000-00880-02(0363-06)*. Bogotá, D.C.

Corte Constitucional SU 217. (28 de abril de 2016). Magistrado ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 525. (16 de noviembre de 1995). Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 426. (29 de mayo de 2002). Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 634. (24 de agosto de 2011). Magistrado ponente: Luís Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 819. (9 de agosto de 2005). Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 819. (4 de octubre de 2006). Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 836. (9 de agosto de 2001). Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 872. (30 de septiembre de 2003). Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia SU - 053. (12 de febrero de 2015). Magistrado ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia SU - 1884. (13 de noviembre de 2001). Magistrado ponente:

Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia SU - 556. (24 de julio de 2014). Magistrado ponente: Luís

Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia SU - 691. (21 de septiembre de 2011). Magistrado ponente:

Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia SU - 917. (16 de noviembre de 2010). Magistrado ponente:

Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C.

Corte Constitucional Sentencia SU 091. (25 de febrero de 2016). Magistrado ponente: Jorge

Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia T - 1206. (6 de diciembre de 2004). Magistrado ponente:

Jaime Araújo Rentería . Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia T - 199. (28 de febrero de 2008). Magistrado ponente: Marco

Gerardo Monroy Cabra. Bogotá, D.C.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (17 de julio de 2013). Magistrado ponente:

Javier Zapata Ortiz. *Acta No. 226*. Bogotá, D.C.

Delgado, A; González, L y Rada, E. (2015). *Acción de nulidad y restablecimiento del derecho*

*para la reliquidación pensional de los servidores de la Rama Judicial de Colombia.*

Valledupar: Universidad Santo Tomas.

Duque, G. (2011). *El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad*

*financiera: un análisis desde el régimen solidario de prima media con prestación*

*definida*. (Tesis de grado). Bogotá, D.C: Universidad de Antioquia - Facultad de

Derecho y Ciencias Políticas.

- González, C y Sánchez, M. (2012). *El retiro discrecional de miembros de las Fuerzas Militares*. Bogotá, D.C.: Universidad Militar Nueva Granada.
- Guerrero, M. (julio-diciembre de 2011). Alcance de la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios en la fuerza pública. *Verba Juris*(26), 111-122.
- Ley 270. (7 de marzo de 1996). Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Bogotá, D.C.
- López, M. (2008). *El derecho de los jueces*. Bogotá, D.C: Legis.
- Marín, H. (2012). *Discrecionalidad administrativa*. Bogotá, D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Martínez, C y Ramírez, M. (2008). *Régimen del Servidor Público*. . Bogota, D.C: Escuela Superior de Administración Pública.
- Murillo, M. (2014). *Las facultades discrecionales en el Estado Social de Derecho colombiano: Una aproximación a la discrecionalidad técnica desde la doctrina y la jurisprudencia*. (Tesis de grado). Bogotá, D.C: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - Facultad de Jurisprudencia.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (16 de diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Obtenido de [https://www.humanium.org/es/pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-4/?gclid=EAIaIQobChMIycWEqbm03AIVyFmGCh1bxwLnEAAYASAAEgIzufD\\_BwE](https://www.humanium.org/es/pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-4/?gclid=EAIaIQobChMIycWEqbm03AIVyFmGCh1bxwLnEAAYASAAEgIzufD_BwE)
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (22 de noviembre de 1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Obtenido de <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>

- Ortega, S. (2012). *Aportes jurídicos para una renovación de la carrera administrativa en Colombia*. (Tesis de grado). Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Ramírez, L. (2012). *Facultad discrecional de retiro en la Policía Nacional claros y oscuros en su funcionamiento. Una perspectiva desde los Contencioso Administrativo y lo Constitucional colombiano*. (Tesis de grado). Bogotá, D.C.: Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- Restrepo, G. (2014). *Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Análisis jurisprudencial de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en materia de pensiones de los servidores públicos*. (Trabajo de grado). Bogotá, D.C: Universidad Militar Nueva Granada.
- Rodríguez, E. (2011). *Guía para la administración del riesgo* (4 ed.). Bogotá, D.C: Función Pública.
- Sánchez, Z. (2011). La metodología en la investigación jurídica: Características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho. *Revista telemática de Filosofía del Derecho*(14), 317 - 358.
- Sanchis, P. (2011). *Apuntes de Teoría del Derecho* (6 ed.). Madrid: Trotta.
- Semana. (17 de marzo de 2009). *El uso y el abuso de la facultad discrecional*. Obtenido de [www.semana.com: http://www.semana.com/nacion/articulo/el-uso-abuso-facultad-discrecional/101134-3](http://www.semana.com/nacion/articulo/el-uso-abuso-facultad-discrecional/101134-3)
- Vásquez, H y Gil, G. (2017). Modelo constitucional de la fuerza pública en Colombia. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 20(39), 139 - 162.
- Zuluaga, O. (2011). *La sostenibilidad fiscal, un principio para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho*. Bogotá, D.C: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.